ANDREÆ FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER VNDECIMVS
CAPVT PRIMVM.

De venatione.

DE Venatione, quòd liceat Principibus eam interdicere, & quomodo prescriptione acquiratur ius probibendi, & veniat in generali concessione ac inuestitura. Adde Surd. consil. 390. per tot. lib. 3. Aliquid per Aondedeum consil. 100. num. 12. & num. 63. cum seq. lib. 2.

Sed queritur, quo pacto conciliari possit Papinianus cum Martiano? ait Martianus: *Si quisquam in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure vti prohibet.* l. si quisquam, ff. de diuers. tempor. præscipt. At contra Papinianus: *Præscriptio longe possessionis ad obtinenda loca iure gentium publica concedi non solet* Et subijcit exemplum hoc: *Vel si quis, quòd in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.* l. vlt. ff. de vsucap.

Laborant Zasius lib. 2. antinomiar. in princip. Duaren. in tit. de vsucap. Cuiac. in d. l. vlt. & concludunt ferè omnes, Papinianum loqui, quando is, qui pluribus annis piscatus fuit, intermisit piscationem; Martianum verò loqui, quando is est adhuc in possessione vsus sui, hoc est, occupat locum illum. Rectè: quia Papinianus paulò supra dixit: *Quod ita procedit, si quis ædificia funditùs direto, quod in littore deposuerat, aut dereliquerat: ædificio alterius postea eodem loco extructo, occupantis datam exceptionem opponat.* Rectè igitur gl. in d. l. si quisquam, ibi: *Vel secundum Ioannem, hic erat in quasi possessione piscandi, ibi non.* Nihil rectius. Perinde est, ac si diceret, ibi deseruisse locum occupatum, (sic loquitur Papin.) ibi non deseruisse, (sic intellige Martianum.)

Sed quæri potest; an consuetudo venandi contra prohibitionem factam excuset à pœna? Pendet hic articulus ab alio, qui apud Dd. in controuersia positus esse videtur; an in delictis excuset à pena consuetudo delinquendi? etenim excusare affirmant gl. in cap. cùm venerabilis, in vers. migrasse, de consuet. & ibi Abb. & comm. Doct. gl. in c. denique, 4. dist. Rom. consil. 466. & sing. 19. & 334. Cassiodorus decis. 19. tit. de reg. Cancellariæ, & alij multi à Tiraquell. citati de pœnis legum temp. causa 41. & alij, quos commemorat Gabr. titul. de malef. concl. 8. num. 16. & alij apud Farinacium, tit. de delict. & pœn. q. 20. num 45.

Cæterùm non excusare docuit Innocent. in c. sanè, de off. ord. & plurimi alij, quos refert & sequitur Farinacius, vbi sup. necnon etiam Tiraq. vbi inf. num. 12. & Gabr. vbi inf. num. 25.

Prioris sententiæ fundamentum est, in d. c. cùm venerabilis, & in d. c. denique & in cap. sanè, de temp. ordina. & in c. non ita, de simonia, in c. cùm habat, de eo qui dux.

A in matr. in c. obijciantur, 32. q. 4. in cap. vlt. de cogn. spir. lib. 6. in cap. non plures, de consecr. dist. 4. l. apud Labeonem, ff. de ædil. edict. & in l. pignus, C. de pign. act. in l. 3. ff. ad Maced. & in l. si pignore, §. vltim. ff. de pign. act. in l. certi condictio, §. si nummos, ff. si certum peta.

Posterioris autem in c. vlt. de consuetud. in cap. non satis in e. cùm in Ecclesia, in c. ea quæ, da simo. in cap. inter dilectos, de excess. prælator. in c. flagitia, 32. q. 7. in c. multi, 2. q. 2. in l. nemo, C. de Episc. aud.

Non desunt, qui vtantur distinctione illa: quòd consuetudo quem liberatur pœna temporali; non autem ab æterna. Et hæc est verissima, & communis distinctio.
B Tiraq. vbi supr. num. 14. distinguit inter priuatam & publicam consuetudinem. Illam quidem prodesse negat; istam verò prodesse affirmat. Alij aliter. Magis probo eorum distinctionem, qui dicunt: in ijs, quæ peccantur contra ius positiuum, consuetudinem à pœna excusare; secus in ijs, quæ repugnant iuri diuino, vel naturali. Mouet me tex. in c. mala consuetudo, in c. veritate, in cap. si consuetudinem, cum alijs quatuor sequentibus, dist. 8. Cæterum, si præcessit consuetudo & secuta est prohibitio, non puto, consuetudinem excusare, Auth. Nauigia, C. de fur. Tiraq. vbi supr. num. 15. nisi post edictum Principis consuetudo inualuerit, eo conniuente, & patiente: videtur enim abrogatum, & vicem obtinet
C legis, quæ vsu recepta non sit: ac proinde non obligare, l. de quibus, ff. de legibus, cap. in istis, §. leges, 4. dist. Atque ita puto verius esse.

CAPVT II.

An Princeps legibus sit solutus.

LIcet Princeps sit solutus à legibus; obligatur tamē ex conuentione & contractu, vt ait Bald. in l. 1. ff. de const. Princ. Ias. in cons. 1. num. 1. dub. lib. 1. Hinc oritur contentio, possitnè Princeps auferre ius quæsitum ex contractu, cum ipso Principe inito, licet in spe tantùm
D consistat. Negant Ruin. in cons. 7. n. 30. 31. lib. 1. & consil. 36. num. 17. eod lib. & 99. num. 4. lib. 3. Alciat. cons. 166. in 2. dub. Ossc. decis. 139. num. 12. latè alios citans, Ludo. Moracius cons. 45. num. 9. Affirmant Paris. consil. 2. num. 35. lib. 1. & cons. 4. circa fin. eod. lib. & 101. col. 1. lib. 4. Alex. cons. 224. num. 5. lib. 6. Ruin. consil. 192. num. 12. lib. 1. & 160. num. 8. lib. 4. & 21. num. 3. & 163. num. 21. lib. 5. Bec. cons. 56. num. 58. 59. Crau. cons. 135. num. 6. & 7.

Prioris opinionis fund. est in c. 1. de nat. feu. & in c. 1. de prob. Posterioris in c. naturales, si de feu. fu. controu. & quia potest Princeps legitimare in præiudicium substitutū, vt notant Doct. in l. Gallus, §. & quid si tantum, de lib. & posth.

Sed breuiter dirimitur contentio ex distinctione nostra inter subiectionem coactiuam, & directiuam: nam, si velit Princeps derogare contractui, & ius quasi tum seu quærendum ex eo auferre, quis eius voluntati resistet? Semper autem viget illud oraculum: *Digna vox est maiestate regnantis.* l. digna vox, C. de legibus. Non licebit ergo Principi à contractu recedere, nisi quatenus ei licet a legibus recedere. At, per leges licet Principi legitimos efficere eos, qui sunt illegitimi, toto tit. de naturalib. ref. quib. modis nat. eff. legit. Eatenus ergo ei licebit substitutis, seu aliter vocatis inferre præiudicium. Non facit hoc Princeps, vt alijs noceat; sed vt prosit, suamq; exerceat potestatem. Ergo, si eam exercuerit secundum formam, quam leges præscribunt, non offendet oraculum l. digna vox, si autem legis formam offenderit, læsus meminisse debebit: Principem solutum esse legibus, l. Princeps, ff. de legibus secūdum vim coactiuam, vt supra; non secundum vim directiuam. Quod perinde valet, ac si diceretur: posse de facto, non de iure. Si igitur ad iuris terminos disputatio concludatur; placet eorum sententia, qui negant; licet Principi auferre ius quæsitum.

CAPVT III.

An rigor sit præferendus æquitati?

Rigori præferenda est æquitas, sed, nunquid etiā id seruandum sit in puniendis delictis? & puto seruandum. Mouet me Marcianus dicens: *In grauioribus pœnis seueritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequantur.* l. perspiciendum, ff. de pœnis, vbi etiam ait: *In leuioribus delictis promores ad lenitatem iudices esse debent.* & text. in l. Præses, & in l. interpretatione, cod. tit. Et iuris Pontificij non desunt authoritates, vt in c. disciplina, & in c. namque, 45. dist. c. vera, c. licet ibid. & hanc sententiam complures secuti fuere apud Farinac. tit. de delictis & pœnis, q. 17. num 4 Quibus multi ab eodem ibi relati cōsentire dixerunt: & his adstipulatur text. in l. 1. ff. ad Turpil. Facti quidem quæstio dicitur esse in arbitrio iudicantis; sed pœnæ persecutio reseruatur legi, & in §. oportet, in auth. de iudicibus, & multa alia vtriusque iuris testimonia, quæ ille persequitur.

Summa hæc est: legis & iustitiæ rationem esse spectandam: & vbi illa exigit, modo rigorem, modo æquitatem amplectendam, vt latissimè docet Tiraquel. in tract. de pœnis legum temp. & optimus Magister I.C. in l. aut facta, ff. de pœnis, dum ait, *Spectanda esse aut dicta, aut scripta, aut consilia. Et hæc septem modis consideranda esse, Caussa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu:* Ex quibus patet, certam quidem regulam tradi non posse, colligi autem, æquitatem ferè in omnibus sequendam fore.

CAPVT IV.

De petitione hæreditatis danda contra titulo possidentem.

Rursus controuertitur; an petitio hæreditatis detur contra titulo possidentem, quando titulum acquisiuit post mortem eius, de cuius hæreditate agitur?

Affirmant dari Bald. in l. fi. in 9. opp. C. de edict. Diu. Adr. toll. & ibi Barb. in add. & in consil. 65. lib. 2. Alex. consil. 90. num. 10. lib 2 Afflict. decis. 228. sen. Ped. dec. 55. num. 4. Aonded. alios adducens in consil. 22. num 10. lib. 1. Fundamentum est in d. l. vlt. C. de edict. Diu. Adr. vbi probatur, illud remedium possessorium dari etiam contra titulo possidentem, sed non potest hoc intelligi, quando titulus fuit acquisitus ante mortem: igitur debet intelligi, quando titulus fuit acquisitus post mortem. Huc accedit ratio: nam, qui habet titulum acquisitum post mortem, habet titulum posteriorem eo, quo nititur hæres. Item habet etiam possessionem tempore posteriorem, quam hæres, qui nititur possessione defuncti.

Contrariam sententiam amplexi sunt Salic. in d. l. vlt. num. 25. C. de edict. Diu. Adr. toll. & ibi Alex. num. 216. Ias. in §. omnium, num. 195. de act. Benintend. decis. 35. Couar. pract. q. c. 12. num. 3. Soc. iun. consil. 9. num. 7. lib. 4. Ruin. consil. 166. lib. 5. num. 1. lib 1. Gabr. consil. 45. num. 24. lib. 2. quorum multi testantur, hanc esse communem, & hæc sententia verissima est. Omissis alijs fundamentis, probatur in lege etiam, §. 1. de pet. hær. vbi specialiter est constitutum, ut petitio hæreditatis detur contra titulo possidentem in certis casibus: & certum est, ibi loqui de titulo quæsito post mortem, quia loquitur de emptore hæreditatis. Probatur etiam in l. hæreditatem, C. in quib. cau. cessat long. temp. præscriptio ibi: *Verum his, qui nec pro hærede, nec pro possessore; sed pro empto vel donato, seu alio titulo res, quæ ex hæreditate sunt, vel fuerunt, possident; cùm ab his successio vendicari non possit, &c.* illa uerba (quæ fuerunt) significant acquisitionem factam post mortem.

Non obstant contraria; quia quod attinet ad tex. in d. l. ult. datur illud remedium; sed si compareat contradictor, utriusq; iura examinantur, & uincit is, qui meliora & potiora iura habet. Si ergo contradictor titulum habet & hæres doceat de dominio tractatoris, obtinebit. Non enim decidit ibi Iustinianus, hæredem præferendum ex eo solo, quòd sit hæres, & bona fuerint in bonis defuncti.

Et, quod ibi subiungitur de præscriptione, per quam possessor & contradictor uincit, non arguit uinci possessorem, si non sit præscriptione munitus: quia uinceretur etiam is possessor, qui ante mortem titulum haberet, cùm de omni possessore ibi loquatur.

Ad alterum argumentum est aduertendum: hæredem niti quidem titulo, quia est hæres; sed non possessionem defuncti: quia possessio non acquiritur hæredi, nisi fuerit apprehensa, l. cum hæredes, de acq. poss. Et possessor eo ipso, quòd possessor est cum titulo, videtur esse potior altero, qui prius possidebat, & titulum allegabat, §. commodum, instit. de interdic. Et regula: *Qui prior est tempore, potior est iure,* locum habet in pignoribus & hypothecis, & sic in realibus actionibus, vt declarat Ripa in l. Priuil. num. 3. de priuil. credit. At hic neuter habet ex titulo sua reale, nisi dominium fuerit defuncti, aut eius, qui post mortem in possessorem ex iusto titulo transtulit; vel vsucapio fuerit completa. Ergo inanis est allegatio regulæ, *Qui prior est tempore, &c.* Fateor, si duobus sit res vendita, & neutri tradita, in concursu, præferendum esse eum, qui prius emit. Ias. in l. quoties, num. 34. C. de rei vend. sed, quando res est duobus à diuersis vendita, melior erit causa possidentis, l. siue aut, §. si duobus de public. sic ergo melior erit causa huius possessoris, qui titulum habet.

CAPVT V.

De tertio comparente, appellante.

Quid, si tertius comparens sit venditor, qui veniat ad defensionem emptoris, cui lis super proprietate mota fuit, & lata sententia contra emptorem ipse nō appellet, & sic transeat in rem iudicatam vt nostri loquuntur, an vend. possit appellare? Et puto posse, auth. tex. in l ab executio. §. alio, ff. de appel. ibi. *Item si emptor de proprietate victus sit, eo cessante author eius appellare poterit.* & in l. si parentes, C. de euictio. ibi: *Si appellationem non interposuistis.* venditoribus licet appellare. Quod intelligi debet, quando emptor uictus nō appellauit: nā, si emptor appellauit, pōt uenditor eius appella.

appellationi adhærere. Et hoc est, quod dicitur in d. §. alio, *Eo cessante, authoreius appellare poterit*. Atque ita rectè docuerunt Dominicus Cephal. in consi. 106. & Visil. ad Afflict. decis. 10.

Contrarium respondit, Aonded. in cons. 25. num. 25. & Couar. pract. q. c. 15. nu. 4. & ante istos Castr. in d. §. alio, nu. 2. Fundamentum est: quia sententia non est lata contra venditorem; sed contra emptorem. Et, quia venditor venit pro defensione emptoris, debetque suscipere causam in statu & terminis, in quibus reperitur; nec deteriorem actoris conditionem reddere potest, arg. l. 2. §. defendi, ff. ex quibus caus. in possess. eat.

Sed responderi potest: sententiam quidem latam esse contra emptorem; sed tamen licere venditori pro suo interesse ab ea prouocare, vt dicitur in d. ca. alio. Nec venditor appellans, emptore cessante, ideò minus dicitur suscipere iudicium in statu & terminis, in quibus reperitur: quia iam fuit admissus ad defensionem, vel admitti potuit ac debuit: nec de hoc nunc agitur; sed agitur de alio, ne scilicet culpa emptoris ac negligentia in appellando ei noceat: non enim semper tenetur appellare emptor victus, iuxta not. per Bald. & alios in l. Herennius, §. Caia, de euict. & ideo venditoris interest appellare. Nec reddit causam actoris deteriorem appellatio venditoris: quia nullum ei ius perit; quod enim ipse appellat, emptore non appellante, non dicitur reddere ius deterius, seu causam deteriorem: alioquin nunquam liceret appellare venditori, emptore cessante, quod repugnaret d. l. ab executore, §. alio, & d. §. si parentes, C. de euictio.

Illud fateor, si tres sententiæ fuerint latæ aduersus emptorem appellantem, non licere venditori appellare; si sciebat causam agi, vt declarat Bart. in l. à sententia, nu. 8. de appel. Et hoc est, quod voluit dicere text. in d. l. si parentes, *si appellationem non interposuistis*. Et bene Aondedeus, d. cons. 25. num. 28. lib. 1. esset enim absurdum, vt actor, qui tres conformes retulit sententias contra emptorem, deberet de nouo alias tres expectare contra venditorem.

CAPVT VI.

De compensatione, an eam opponens censeatur debitum fateri?

QVi compensationem opponit, an videatur debitum fateri, non est eadem omnium sententia. Etenim videri, affirmant Bald. in l. cum Papinianus, C. de senten. Aretin. in l. decem, col. pen. de verb. oblig. Natta in cons. 134. nu. 6. & cons. 684. nume. 1. Roman. cons. 77. Bouius de statu vrb. præscrip. glo. 21. nu. 58. Surdus decis. 24. nu. 7. Cæterum non videri, docet Alex. in l. decem, nu. 29. de verb. oblig. Ioannes de Amicis, consi. 49. nu. 7. Folutius Pacianus, tractat. cui incumbet onus proban. part. 1. c. 22. num. 19. Fel. in c. venerabilis, nu. 17. de except. Carolus de Grassis tract. de except. except. 16. nume. 39.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia compensatio est debiti & crediti inuicem facta contributio, l. 1. de compensat. Qui ergo vult compensare, fatetur se debitorem & creditorem; alioquin non posset fieri contributio illa. Non obstat, si dicatur: qui exceptionem opponit, non fatetur, l. non vtique, ff. de except. c. qui exceptionem; de reg. iur. in 6. ca. venerabilis, de except. Quia compensatio non est propriè exceptio, vt tradit Bar. in l. 2. nu. 3. de except. Alex. in consi. 12. lib. 2.

Contrariæ opinionis fundamentum est in dicta regula iuris: *Qui excipit non fatetur, &c.* & quia opponens exceptionem solutionis non videtur fateri, Alex. in d. l. decem, nu. 25. adducens gl. in l. Iulian. de cond. indeb.

Ego puto, hanc posteriorem esse veriorem: quia ratio regulæ est duplex: vna, quoniam excipiens intendit excludere

A actionem; & ideo non debet eius exceptio operari contra eius intentionem, l. legata inutiliter, de leg. 1. Hæc ratio locum habet etiam in opponente compensationem. Altera est ratio; quia excipiens videtur fateri conditionaliter: si videlicet, actor probauerit suam intentionem, prout tenetur probare, vt declarat Ioan. de Amicis d. consil. 49. num. 7. Hæc ratio similiter militat in opponente compensationem: quia eius est intentio, vt fiat compensatio, quatenus probetur actoris intentio. Mouet etiam: quia compensatio est solutio, l. solutionis, de solutio, l. Iul. ait, de cond. & demonst. Sed in solutione est receptum, vt eam opponens non dicatur fateri. Ergo idem in compensatione.

Non obstat ratio differentiæ, quam adducit Surdus loco superius annotato, quia is, qui dicit se soluisse, non supponit nunc extare: imò dicit, non subesse; sed qui compensat, fatetur subesse, cùm extinguì non possit, quod non est. Quia, eadem ratione potest dici, eum, qui dicit se

B soluisse hoc supponere, se debitorem fuisse; licet nunc dicat soluisse & ideo se non esse debitorem. Est igitur spectanda ratio iuris, quæ est: *Excipientem non fateri de intentione aduersarij*: quia eius intentio est excludere. Et, quia exceptionem opponit, supposita fundamenti actoris probatione, quę ipsi incumbit; fundamento enim ab actore probato, actio est vera & efficax; tunc autem exceptione excluditur. Hinc tollitur ratio alterius sententiæ: quia fateor, compensationem esse debiti & crediti inuicem factam contributionem; sed, qui vult compensare, supponit debitum probatum, vel probandum ab actore; non autem illud fatetur.

CAPVT VII.

De compensatione de specie ad quantitatem.

C NOn admittitur compensatio de specie ad quantitatem, l. si conuenerit, 18. de pign. act. sed retentio datur, vt ibi, & in l. si necessarias, §. 1. eo. tit. & ita docuere Duacen. ad tit. de compensat. Corn. in cons. 61. lib. 3. Paris. cons. 100. nu. 36. lib. 2. Crauet. cons. 148. col. 1. vers. si modo, Gabriel. tit. de iureiur. concl. 7. num. 2. Carolus de Grassis tract. de except. in 16. except. num. 16. & 17.

Omnes isti generaliter docent, vbi non datur compensatio, retentionem esse permissam. Idem Seraphynus voluit de priuil. iura. priuil. 74. nu. 144. & nouissimè Vincen. Mancinus de iuramento, part. 4. effect. 30. in fi. Quod ita generaliter acceptum decipere potest: quia non licet rem aliquam pro alia retinere, l. fin. C. commod. l. si non inducta, C. in quibus caus. pign. ta. contr. Ergo id erit intelligendum; quando creditor habet hypothecam, vt loquitur tex. in d. l. si conuenerit, & in d. §. si pignori. Vel, quando in illis casibus versamur, in quibus retentio

D est permissa, quos explicat Neguz de pig. 4. memb. 4. par. in princ. Adde, quod si species non extat, potest fieri compensatio cum quantitate; quia species reducitur ad quantitatem, Ias. in l. in bonæ fidei, num. 66. inst. de act. & in l. huiusmodi, §. cum pater, nu. 12. de leg. 1. Soc. iun. cons. 60. nu. 8. lib. 1. & cons. 11. nu. 10. lib. 2. & 74. nu. 12. lib. 3. Ancha. q. 2. nu. 1. lib. 1. Surd. cons. 146. nu. 11. lib. 2. Maluasia cons. 72. nu. 28. Carolus de Grassis excep. 16. nu. 53.

Adfero tex. in l. diuortio, §. ob donationes, ff. solut. mat. & in l. rei iudicatæ, §. 1. e. tit. & in l. 1. C. rer. amot. & in l. 6. C. de com. vbi mulieri dotem repetenti in pecunia consistentem obstat compensatio ob res amotas.

CAPVT VIII.

An in contractibus innominatis pœnitentiæ sit locus, iure Canonico?

IN contractibus innominatis, ei qui dedit, licet pęnitere, l. si pecuniam, l. dedi, §. sed si tibi de cond.

causa. Noluerunt enim veteres iuris authores, ex qualibet pactione & conuentione actionem oriri: vel, quia aliquando minus consulte ac deliberatè fiunt, vel ne Resp. litib. repleretur. Itaque ex certis nominatis contractibus, in quos transeunt pactiones & conuentiones, vtilitatis gratia actionem concesserunt, l. Iurisgentium, ff. de pact. Controuersia autem est, an id etiam iuri Canonico sit consentaneum? Et putem fore consonum omni iuri, omniq; rationi & æquitati: nec video iuri canonico contrarium constitutum: ergo standum erit iuri Cæsareo, c. 1. & 2. de oper. no. nun. Et ita rectè docuit Roman. in d. l. si pecuniam, quem visus est sequi Ias. ibi. in 6. lim.

Omnis difficultas consistit in eo, quod iure canonico nudum pactum actionem producat secundum communem sententiam Doctorum, in cap. 1. de pact. quæ ratio traxit multos in eam opinionem vt iure canonico non sit locus pœnitentiæ in huiusmodi contractibus innominatis, vt per Alex. consil. 16. lib. 2. & alios à Iasone relatos in d. l. si pecuniam.

Sed facilis est responsio: nam præterquam, quod falsa est illa communis, (vt alias dixi) non rectè quis argumentaretur: Pactum nudum actionem producit. Ergo in contractibus innominatis non est locus pœnitentiæ: quia in contractibus innominatis pactum reciprocum interuenit. Cum ergo quis pro sua parte impleuit, potest, antequam alter impleat, penitere, etiam alterò inuito: quia alter nondum impleuit. Et sic agere non potest, quia obstat ei exceptio, *Tu non adimpleuisti*, quę quidem exceptio semper potest opponi, Bart. in l. 1. §. & partui, ff. quod vi aut clam. Dec. cons. 119. nu. 3. Rom. cons. 144. nu. 5. Crati. consil. 151. nu. 10. Osasc. decis. 50. nume. 10. Mascardus de prob. vol. 3. concl. 1387. nu. 21. Rol. cons. 53. num. 35. lib. 1. Nec oblatio vim habet implementi, vt nec glo. in l. iurisgen. in ver. facias, in fi. de pactis, nisi secuta esset depositio & consignatio, & l. acceptam, C. de vsuris, vt per Iasonem in d. l. iurisg. nu. 13.

CAPVT IX.

De iure offerendi, an creditoribus competat, vbi anteriori creditori facta est adiudicatio per sententiam Iudicis?

CReditor, qui tempore posterior est, potest offerre anteriori creditori, quod ei debetur, & pignus auocare, l. 1. C. si antiq. cred. secundum distinctionem ibi positam, sed quæritur, an idem iuris sit, vbi iudicialis facta est adiudicatio, atque in solutum datio anteriori creditori? Affirmant idem iuris esse Salic. in d. l. 1. Neguz. 3. memb. 5. par. nu. 7. de pig. Rim. iun. cons. 3. nu. 10. Ludou. Morocius de iure offeren. nu. 40.

Negant Dominus Ceph. in cons. 298. nu. 8. & 397. nu. 45. & 550. Tessaur. decis. 157. nu. 11.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia factum Iudicis censetur factum partis, l. si ob causam. C. de euict. sed si debitor daret pignus in solutum anteriori creditori, tunc ius offerendi competeret alteri creditori posteriori, tex. in d. l. 1. C. si antiq. cred.

Posterioris sententiæ fundamentum est in l. si finito, § Postquam, de dam. infect. in l. obligata, C. antiq. credit. quibus cautum post iudicialem adiudicationem cessare ius offerendi. Sed isti tex. loquuntur de ipso debitore, non autem de alio creditore. Aliud fundamentum est relatū a D. Ceph. quod non attingit Moroc. & Rim iun. attingit quidem, sed impugnat; si lata est sententia dationis in solutum, seu adiudicationis, citatis etiam creditoribus: tunc ius offerendi, etiam respectu creditorum: quia sententia eis ita nocet, sicut debitori principali, ex not. per Calderinum cons. 9. tit. de re iud. quem refert, & seq. Fel. in c. cum super, col. 7. nu. 15. vers. dicit etiam, de re iud. Et, quia est

A eadem ratio tunc in alijs creditoribus, quæ in principali debitore, vt scilicet, aliquando sit finis litium, vt in d. §. postquam, nunquam enim lis finiretur, si creditori, qui fuit in iudicio, liceret offerre post iudicialem adiudicationem. Ergo idem ius debet esse in creditore, quod in debitore.

Sic ergo conciliantur opiniones: vt prima locum habeat, quando creditor tempore posterior non fuit in iudicio illo, in quo facta est insolutum datio, & adiudicatio per iudicem. Tunc militat fundamentum illius sententię. quia factum Iudicis reputatur factum partis. Altera verò sententia locum habet, vbi lis fuit cum debitore, & cum ipsis creditoribus posterioribus: quia, si finem accepit per iudicialem adiudicationem, non est iterum per ius offerendi suscitanda. Et, si quis rectè perpenderit, in hoc posteriori casu consuluit D. Ceph. in priori autem casu Rim. iun.

B

CAPVT X.

De muliere uindicante rem dotalem, an rei possessor dotem in pecunia offerre possit, ubi res fuit æstimata?

REspondit Soc. sen. in cons. 224. col. 2. li. 2. possessorem rei dotalis ęstimatæ offerre mulieri posse agenti rei vendicatione, & idem voluit Ias. in l. traditionibus, num. 20. c. de pact. Cou. pract. q. c. 28. vers. 8. in fine, Rol. cons. 92. in fi. li. 2. Ludou. Moroc. de iure offerendi, q. 3. no. 6. Contrarium voluit Neguz. de pign. 5. parte, memb. 3. nu. 28.

Fundamentum prioris sententiæ, quæ communior, positum est in eo, quod rei vendicatio mulieri datur in subsidium, iuxta gl. in l. in reb. dotalibus, & ibid. Bald. & omnes, C. de iure dot. Ergo mulieri competit rei vendicatio

C ratione ęstimationis, quam consequi non potest in bonis viri. Item, quia possessor successit in ius mariti: quia à marito causam habuit: sed maritus posset offerendo dotem vxorem repellere à rei vendicatione. Igitur & possessor causam habens à marito eodem iure vti poterit.

Istis non obstantibus, videtur iuri magis consona sententia Neguz. quia ius offerendi datur contra agentem ad quantitatem sibi debitam: non autem aduersus eum, qui rem vendicat, l. officium, de rei vend. l. Item si verberatum, §. fi. eod. tit. ne aliud pro alio inuito creditore soluatur, l. 2. §. 1. ff. si cert. pet.

Non obstant argumenta in contrarium: quia quantum attinet ad primum, satis est mihi, quando maritus non est soluendo, electionem dari mulieri agendi, vel hypothecaria actione, vel rei vendicatione, vt in d. l. in reb. ibi: *per vtramque uiam siue in rem siue hypothecariam ei plenissimè consulatur*. Cùm ergo agit hypothecaria,

D locus erit iuri offerendi: quia natura actionis id patitur: cum vero aget rei vendicatione, secus erit: quia natura actionis illius id non patitur, & tunc non consideratur amplius, quod dos mulieris consistat in quantitate. Nec ratio habenda est quantitatis, sed dominij, quod habet vxor in rebus datis in dotem, siue æstimatis, siue non, vt considerat Imp. in dict. l. in rebus, ibi: *cùm eædem res & ab initio uxoris fuerint, & naturaliter in eius permanserint dominio.*

Ad secundum respondetur, non potuisse hunc possessorem succedere amplius in ius mariti: quia maritus non erat soluendo, vnde nec offerre potuit, & tunc res non est integra, quia propter inopiam mariti vxor habet electionem; vtrum hypothecaria, vel rei uendicatione agere uelit. Nec mirum, si per hanc subsidiariam actionem plenè consulatur uxorì: id enim uoluit Imp. in d. l. in rebus, ibi: *per utramque uiam & cæt. ei plenissimè consulatur.* Non igitur potest is, qui succedit in locum mariti:

ita

ita vti iure, quod marito competebat; vt si fuisset diues, vt mulieri ius quæsitum propter eius inopiam auferre debeat. Denique possessori licet, antequam mulier rem vendicare incipiat, ei dotem offerre: & sic vti eodem iure, quo maritus potuit; sed facta electione rei vendicationis nō est locus iuri offerendi: quia natura actionis illius non est ad ius offerendi accommodata.

CAPVT XI.

Tertius possessor conuentus hypothecaria, an liberetur offerendo æstimationem rei, quam possidet?

SImilem fortunam passa est alia, Soc. sen. conclusio in eodem cons. 224. circa fin. l. 2. quam passa fuit ea, cuius meminimus in capite præcedenti, eamque impugnat toto pectore Neguz. de pign. 4. mem. 5 partis, num. 21. Couar. lib. 1. var. resol. c. 8. vers. Quibus accedit Lud. Moracius de iure offerendi, num. 7.

Dixit Soc. posse probabiliter affirmari, possessorem hypothecaria conuentum liberari, offerendo creditori agenti æstimationem rei possessæ, motus ex eo, quòd possessor liberatur offerendo litis æstimationem. l. communi diuid. d. §. inter eos, ff. comm. diu. l. si creditor, ff. de pign. act. l. siue, in fi. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol. Sed litis æstimatio nihil aliud est, nisi pretium rei petitæ, l. 1. l. litis æstimatio, ff. pro empto. Igitur iste possessor liberatur offerendo æstimationem rei possessæ. Monetur etiam ex c. ex litteris, de pig. in vlt. verbis, in quibus probari videtur, possessorem condemnari ad quantitatem dotis secundum bonorum quantitatem.

Contra Neguz. & alij; quia non liberatur possessor offerendo litis æstimationem semper, sed cum distinctione, quæ habetur in l. si fundus, §. in vendicatione, ff. de pign. Item quia in hypothecaria contra tertium possessorem æstimatio litis est maior, quàm in actione contra debitorem, l. si inter. §. vlt. de pign. Tertiò, quia litis æstimatio in hac hypothecaria nō est solum pretium rei, sed etiam id, quod venit in actione personali, vt declarat Bart. in l. 1. ff. pro empto, vers. item in eo, quod dicit. Nec obstat, extr. in d. cap. ex litteris, quia formula sententiæ, quæ ibi ponitur, non est secundum regulam hypothecariæ: sed fuit conformis libello. Ita Neguz. vel, quia sensus verborum illius text. est, condemnandum esse possessorem bonorum: vel ad restituendam debitam dotem, vel ad bona tradenda secundum naturam actionis hypothecariæ. Ita Couar. loco supra annotato.

Ego puto, Socini sententiam rectè defendi posse, si rectè intelligatur: nam litis æstimatio in se continet quanti creditoris interest. l. semper, §. in hoc, quod vi aut clam, l. si quis mandan. ff. de eo quod certo loco, si igitur verum est, possessorem liberari offerendo litis æstimationem agenti hypothecaria (vt Socinus ait) & leges ab eo allegatæ probant: sequitur, eundem liberari offerendo æstimationem rei hypothecæ subiectæ: quia ista est litis æstimatio, cum actor nihil aliud petat, quàm rem sibi tradi possidendam, & tenendam, donec ei fuerit satisfactum, l. quamdiu, C. de distract. pign. Illud addidi, (si rectè intelligatur) quia debet intelligi, quando actori offertur à possessore pretiū rei possessæ, & simul etiam id, quod ipsius actoris interest ob culpam fortè eiusdem possessoris. Et hoc est, quod docet text. in d. l. inter. §. 1. ff. de pign. ibi; *aduersus ceteros possessores etiam pluris.* Et ibi gl. inquit; *verbi gratia culpa mea amisi.* Idem voluit dicere Bart. in d. l. 1. ff. pro emptore, dum dixit, nu. 3. *Item in eo quod dicit quod quando culpa desiit possidere, &c.* vbi semper considerat dolum, vel culpam possessoris. Eadem culpa ac dolus possessoris ponderatur ad eundem effectum à Iurisconſ. in l. si fundus, §. in vendi[c]tione, ff. de pign.

His ita stantibus non obstant argumenta in contrarium. Nam ad primum, fateor non semper possessorem liberari offerendo litis æstimationem, sed satis est regula-

A riter liberari offerendo litis æstimationem; vbi enim non potest liberari, inanis est disputatio, an sufficiat oblatio pretij rei possessæ.

Ad secundum argumentum: fateor, possessorem aliquem plures condemnari, quàm debitorem; sed hoc accidit ob culpam, vt exponit glos. in d. l. si inter. §. fi. de pign. & hoc in casu ego fateor etiam id, quod interest offerendum.

Ad tertium dico: cessante culpa, vel dolo, litis æstimationem non esse aliud, quam sit æstimatio rei etiam in actione hypothecaria: nec aliud mihi probat Bart. in d. l. 1. Non obstat, quod Neguz. subdit, in hypothecaria actione litis æstimationem non esse similem emptioni, vt tradit Bald. in l. si creditor, qui rem, & ibi etiam Castr. ff. de pign. act. & notat Alexand. ad Bart. in l. litis æstimatio, ff pro empto. Quia respondeo, non esse similem emptioni in præiudicium alterius, id est, domini ipsius rei, vt declarat Paul Castr. in d. l. si creditor, secus in præ-

B iudicium ipsius litigatoris, si erat dominus, vt ibi per eum. Sed ex hoc non infertur, in hypothecaria possessorem conuentum non liberari soluendo litis æstimationem. Etsi enim talis æstimatio litis, cùm possessor non sit dominus, non habeat vim vendicationis; liberet tamen eum. Et hoc solum in proposito nostro mihi sufficere videtur.

Ex his patet, sententiam Socini posse defendi, quam etiam habuit Crau. in cons. 298. num. 16. vbi adducit rationem satis probabilem: si licet creditori petere rem hypothecatam, & illam retinere pro illa quantitate, quę valet, saluo sibi iure residuo. Ergo etiam reo, & possessori conuento licebit pro eadem quantitate, & iusta æstimatione retinere.

CAPVT XII.

C *Quòd si tertius possessor sumptus, & meliorationes in rem fecerit, an possit hypothecaria actione conuentus offerre æstimationem rei detractis meliorationibus?*

AFfirmant Bart. in l. 2. C. de prædijs, & omn. reb. nauic. l. 11. & sequitur ibi Alex. in add. & Cast. in l. si conuenerit, §. si fundus, de pign. act. Soc. sen. cons. 224 lib. 5. Corsettus sing. ver. Melioratio, Neguz. de pign. 4. mem. 5. par. num. 21. Brunus tract. de Augmen. conc. 14. fall. 2. Crau. cons. 298. num. 16. Caballinus de euict. in add. in ver. Meliotamenta, num. 8.

Negant. Did. Couar. lib. 1. var. resol. c. 3. num. 2. Ioan. Garsiæ in tractat. de expensis, & meliorationibus, capit. 18. num. 84. Ludouicus Morocius de iure offerendi, num. 8.

Fundamentum prioris sententiæ est in d. l. 2. C. de prædijs, & omnib. reb. nauic. Sed certè non est satis firmum:

D quia sensus illius text. est: pensionum fisco debitam ex rebus naucularioriorum soluendam esse a tertio possessore, pro modo, & quantitate ipsarum rerum, nec augeri; licet res à tertio possessore fuerint meliorata.

Posterioris sententiæ hæc sunt argumenta. Primum, quia hypotheca super re extenditur etiam ad augmentum, quod rei superuenit, l. si fundus hypothecæ, de pignorib. l. si conuenerit, §. si nuda, de pign. act. Responderi potest; dato, quòd meliorationes veniant sub hypotheca, non rectè infertur, offerri non posse rei æstimationem detractis meliotamentis: Nam meliotamenta sunt restituēda bonæ fidei possessori, l. Paulus, §. penult. de pign. Restat igitur apud possessorem res ipsa sola, cuius æstimationem offerri.

Secundum. Creditor agens hypothecaria potest auocare à possessore fundum melioratum, solutis æstimationibus meliorationum, l. cum postulassem, §. vltim. de dam. infect. l. Paulus, §. penultim. de pign. Ergo non potest excludi à possessore offerente æstimatio-

nem ipsius rei. Respondeo negando cõsequentiam: quia possessor habet ius offerendi æstimationem litis, (vt infra dicam) & sic non est bona consequentia.

Tertium. Natura hypothecariæ actionis est, vt vel debitum soluatur, vel res hypothecæ obnoxia tradatur, l. si fundus, §. in vindicatione, de pig. l. mulier, ff. qui pot. in pign. hab. l. si cùm venditor, de euict. Ergo non licet possessori offerre pretium rei. Respondeo: imò licere rei pretium offerre: quia si licet ipsi creditori agenti rem petere, & eam retinere, donec ei fuerit satisfactum; consequenter etiam possessori licebit rem retinere pro eadem quantitate, & iusta æstimatione. Est enim retentio fauorabilior, quàm petitio, l. per retentionem, l. de vsur. l. Fauorabiliores, de regul. iur. ita Crauet. in cons. 298. num. 16. vers. pone enim.

Priorem igitur sententiam, quę magis Communis est, amplector. Primò ex ratione Crauettæ, quam proximè retuli. Secundò, quia possessor liberatur offerendo creditori agenti hypothecaria litis æstimationem, l. si creditor, ff. de pign. act. l. licet, §. vlt. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol. l. communi diuidundo, §. inter eos, ff. commun. diuid. l. ex his prædijs. C. de euict. Sed litis æstimatio in actionibus in rem nil aliud est, quam pretium rei cum expensis, & damnis, si in illa causa expensæ, & damna venire debeant, l. 1. 2. & 3. ff. pro empt. l. si quis mãdato, de neg. gest. l. sed, & si res, de public. l. si seruus, de euict. l. si propter, ff. rerum amot. l. Mæuius, §. eum qui, de leg. 2. l. ei, qui, de furt. & optimè declarat Petrus Rebuff. de verb. signific. ad l. Hæc enunciatio.

Ergo possessori competit ius offerendi pretium rei, & oblatione ista creditorem repellet.

CAPVT XIII.

An possessori conuento à creditore ex remedio l. fin. C. de acq. possess. competat ius offerendi.

ASsentior Lodouico Morocio in quæstionibus de possessore offerente, quæst. 5. num. 9. competere ius offerendi possessori conuento, ex remedio legis fin. C. de acq. poss. à creditore, cui bona debitoris obligata sunt cum clausula constituti: nam (vt ipse bene considerat) agit iste creditor in eum finem, vt consequatur quod sibi debetur, & sic ad possessionem rei sibi obligatæ, vt eam detineat, donec fuerit ei satisfactum. Ergo possessori licet offerendo, quod ei debetur, eum excludere, l. Mulier, ff. qui potior. in pign. hab. l. si fundus. §. in vendicatione, de pign. l. Paulus, §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hyp. soluitur. Respondet Menoch. de recuperan. poss. rem. 14. num. 60. id esse verum, cùm agitur hypothecaria; at hic non agitur hypothecaria, sed condictione ex d. l. fin. Non rectè; quia est eadem ratio in creditore agente ex remedio, d. l. fin. quæ in agente hypothecaria; si quidem ideò offerri potest agenti hypothecaria: quia non agit, vt præcisè auocet possessionem, sed vt consequatur, quod sibi debetur, eadem est intentio creditoris agentis ex remedio d. l. fin. ergo idem ius in vtroque.

Contrariam sententiam habuit Ruin. consil. 17. col. 2. lib. 5. Menoch. d. rem. 14. num. 60. Fundamentum est: quia possessionis restitutio retardari non debet: &, quia non datur ius offerendi possessori conuento rei vendicatione, l. si culpa, de rei vend. Socin. sen. consil. 214. lib. 2.

Respondeo: possessionis restitutionem retardari non debere sine causa; at si offeratur, iusta est causa retinendi eam, sicut & in hypothecaria: quia eadem est ratio.

Nec obstat quod dictum est de rei vendicatione: quia tunc alia est ratio. Agitur enim ea actione de dominio, quod longè differt à debito. Sed hic totum creditoris agentis fundamentum stat in obligatione sibi facta à debitore; quia constituit se eius nomine possidere obligata, vt inde maior esset creditori securitas parata pro suo credito consequendo, quod cùm per oblationem possessionis obtinet; non iustè rem persequitur.

CAPVT XIV.

An mulieri, agenti constante matrimonio ad dotis in tuto collocationem, offerri possit pecunia à creditoribus mariti?

POsui hanc quæstionem lib. 3. cap. 100. secutus eorum sententiam, qui dixerunt creditoribus competere ius offerendi. In qua etiam persisto: quia fundamentum eorum, qui negant, istud ius competere, positum est in eo, vt consulatur magis dotium securitati per bonorum retentionem, sed æquè bene consuli potest dotium securitati, si pecunia collocetur ad honestum lucrum, vel in emptionem bonorum, vt dicebat Imola in l. si constante, col. 7. vers. Item inquantum dicit, ff. sol. matr. Crotus cons. 107. num. 10. lib. 1.

Contraria sententia est magis Communis, Rolan. consil. 9. lib. 1. Abbas, cons. 80. D. Cephal. cons. 289. num. 6. Afflict. decis. 199. Capic. decis. 41. num. 11. Osasc. dec. 135. Franc. decis. 54. num. 5. Morocius de possessore offerente, quæst. 6.

Componamus hoc dissidium, vt mulieri consulatur, nec fiat præiudicium creditoribus, hoc modo, videlicet: certa bonorum portio mariti adiudicetur mulieri, secundum iustam æstimationem, pro rata quantitatis dotis. Ita Baldus Nouell. de priuileg. dot. parte 7. priuil. 47. Negus. de pigno. 1. membr. 5. partis, num. 33. Rolan. d. cons. 9. num. 4. Afinius tract. de executio. §. 7. cap. 119. Osasc. decis. 135. in fi. Franc. d. decis. 54. num. 5. Moroc. d. quæst. 6.

CAPVT XV.

De interesse lucri cessantis, an in contractibus debeatur post moram?

COmmunis est sententia: peti posse post moram interesse, (quod vocant) lucri cessantis à solito negociari, & lucrari, vt latè ostendit adductis authoritatibus Gabr. comm. conclus. tit. de solutionibus, conclus. 10. in princ. Lup. Gemin. alios adducens ad l. curabit, comment. 1. §. 6. num. 107. C. de act. empt. quibus adde Bursat. cons. 68. num. 42. Rot. Genuen. decis. 134. Fundamentum est in l. 2. §. vlt. ff. de eo quod certo loco, ibi: *Quid, si merces solebat comparare, an & lucri habeatur ratio, non solius damni? Puto & lucri habendam rationem.* Et in l. commissa, ff. rem ratam hab. & in l. si fundus quem, §. vltimo, ff. loc. in l. si mulier, ff. rerum amotar. & in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, proferuntur, in fine.

Contrariam sententiam amplexi sunt Dec. in c. cùm venerabilis, num. 14. de except. & in cons. 441. circa finem. Socin. sen. in l. vn. C. de sententijs, quæ pro eo quod interest, num. 39.

Fundamentum est in l. vlt. ff. de periculo, & commod. rei ven. ibi: *non omne omnino, quod venditor, quod mora non facta, consequi potuit: veluti si negotiator fuerit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex vsuris, quærere potuit,* & in l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de actio. empt. & vend. vbi idem dicitur.

Respondent contrariæ sententiæ authores: dictas leges non loqui de creditore solito negociari, & lucrari. Malè: quia repugnant verba text. ibi, *veluti si negocia-*

tor

tur fuerit, & *illa:* & *ex mercibus plus, quam ex vsuris, quærere potuit.*

Item respondent: ibi non attendi interesse ratione lucri, quoniam agitur de vsuris recompensatiuis, præstandis ab emptore venditori, quæ debent exigi ad rationem fructuum perceptorum ex illo fundo.

Non rectè; quia si deberet interesse hoc lucri cessantis à debitore, post moram, creditor non exiget vsuras ad rationem fructuum; sed ad rationem lucri, quod facere potuisset: quia id maius esse potest, quam sint vsuræ ad rationem fructuum perceptorum, vt ibi dicitur.

Ego puto, posteriorem hanc sententiam esse veriorem: quia istud interesse lucri cessantis est extra rem, (vt omnes fatentur;) at nullo iure cauetur interesse, quod est extra rem, peti posse; immò contrarium, quòd peti non possit, expressè cauetur in d. l. vlt. & in d. §. cùm per venditorem. Non obstant leges adductæ pro communi sententia: quia omnes loquuntur de lucro circa ipsam rem; non autem de huiusmodi lucro extrinseco & remoto, seu extra rem, vt videri potest ex iuris textibus.

Excipio tex. in d. l. vlt. ff. de eo, quod certo loco, qui textus expressè loquitur de interesse lucri cessantis, de quo nostra est disputatio. Et hic est locus, qui fuit causa erroris, in quem impegere nostri Doctores, (salua pace) non ex eo, quod textus ille loquatur in actionibus arbitrarijs, vt Socin. Dec. & alij sunt opinati; sed, quia loquitur de pecunia traiectitia, vt patet ex verbis illis: *quid enim si traiectitiam pecuniam dederat?* & postea subdit, *in hanc arbitrariam, &c.* Ex quibus verbis intelligitur, in hanc actionem arbitrariam, in qua venit pecunia traiectitia, sic fuisse constitutum; vt habeatur ratio lucri cessantis.

Rectè Cuiacius ad Africanum, tract. 8. in com. addi. l. si fundus quem, ff. locati. *Si pecuniam nauticam creditori certo loco reddi conuenerit, hoc in casu lucri & damni etiam extrarij habetur ratio etiam supra duplum, quia nautica pecunia modum non habet vllum, non seruat modum dupli, modum centesimæ,* vt habetur in d. l. 3. §. vlt. Quod dicit de centesima probatur in l. eos, §. super, C. de vsuris, ibi: *in traiectitijs autem, &c.* Rationem puto esse propter periculum nauis amittendæ, quod subire solebant creditores in traiectitijs pecunijs, l. 1. 3. & 4. C. de nautico fœnore, l. 1. 2. & toto ferè tit. ff. eod. tit.

CAPVT XVI.

An sententia sub conditione resolutiua sit valida?

NEgat Bart. in l. iudex posteaquam, de re iud. & Bart. secuti sunt DD. magis Communes, qui copiosè citantur à Gabr. com. concl. 1. Osascus decis. 146. sub num. 10.

Fundamentum est in d. l. Iudex, & in l. omnis est, §. 1. ff. de pœn. & alijs similibus, quibus cauetur, Iudicem non posse corrigere sententiam suam. Sed hoc valde infirmum mihi videtur: quia textus allegati loquuntur, quando ex interuallo Iudex vult corrigere sententiam: hic autem loquimur, quando eodem tempore & eodem contextu eam corrigit: puta, condemnat Titium in centum, adiecta reseruatione, *quod si in minus vel plus condemnari debeat, secundum formam statutorum intelligatur esse condemnatus in minus vel plus, secundum formam statutorum.* Videtur enim idlicere Iudici.

Contrariam igitur sententiam veriorem esse existimo, quam secutus est Angel. in d. l. Iudex, Bald. in l. certa, in fi. C. quando prouoc. non est necesse. Felin. in c. cum contingat, sub num. 12. de off. deleg.

Fundamentum est in glos. l. item Labeo, ver. purè, ff. famil. hercisc. Vbi valet sententia cum resolutione, quam infra dicam. Respondet Alexand. in d. l. Iudex, num.

A 15. illam clausulam, (cuius glos. meminit) venire ad qualificandum; non autem ad corrigendum. Secundò adducitur gloss. in c. Prædicator. 16. q. 1. quæ probat, valere sententiam, si Iudex dicat condemno, immò absoluo.

Et certè in exemplo Bart. quod suprà retuli, res videtur clara: quia pœnæ persecutio non voluntati Iudicis mandatur, sed legis authoritati reseruatur, l. 1. vers. Nam vt Papinianus, ff. ad Turpil. In alijs to causis idem puto statuendum: quia sententia est certa per relationem ad certum, l. in summa, ff. de re iud. & valet sententia sub conditione lata, l. 1. §. Biduum, ff quando app. & antequã sententia sit prolata, iudex potest addere, corrigere, prout ei videtur, arg. l. cõtractus, C. de fide. instrum. notat Alex. in d. l. iudex posteaquam, num. 6. Itaque resideo in hac sententia, huiusmodi sententiam valere; sed arguere imperitiam iudicis: quia prius debuit statutum considerare, an conforme esset condemnationi necne: non autem

B ita pronunciare.

CAPVT XVII.

Vtrum sententia sub conditione extrinsecalata valeat?

COmmunis est & verissima sententia: sententiam latam sub conditione extrinseca valere. Ita docuerunt glos. & Bar. in l. 2. §. biduum, ff. quando appelland. sit, Vantius de nullit. tit. de nullit. ex defectu process. num. 113. alios citant & Communem testatur Gabriel. in concl. 1. tit. de sententijs &, Osascus decis. Pedem. 146.

Fundamentum firmissimum est in d. l. 2. §. Biduum; fatuus enim esset ibi iurisconsultus disputando à quo tempore appellandum sit, vbi sententia sub conditione lata est, si necessaria non esset appellatio, eo quòd

C sententia huiusmodi non valeret. Tanto magis, cum ibi dicat, sententiam non esse ferendam sub conditione, sicut enim reprehendit huiusmodi sententiam, quæ sub conditione fertur, ita etiam credibile est, eumdem Iurisconsultum dicturum fuisse, non valere, si reuera non valeret. His accedit regula trita. *Vtile per inutile non vitiatur.* Quamobrem inutilis adiectio conditionis vitiare non debet sententiam, quæ alioquin valida est: præsertim, quia semper interpretatio fieri debet, vt actus valeat, l. quoties, de reb. dub. Neque vlla lege cauetur, vt huiusmodi sententia sit nulla: ergo nullitas à nobis inducenda non est. Est enim nullitas quædam species pœnę, l. Senatus, ff. de contrah. empt. nor. Bart. in l. Turpia, de legat. 1. & in l. Prætor ait, de oper. nou. nunc. Vant. tit. quid sit nullitas, num. 18. At pœna non imponitur, nisi lege caueatur. l. & si quis, §. diuus, de religios. & sumpt. & notat sic argumentando, Achilles de Grassis, decis. Rotæ Rom. tit. de elect.

D decis. 2.

Contrariam sententiam habuerunt Bald. Salic. & Alberic. in l. cùm iudex, C. de sen. & interloc. om. iudic. idem Bald. in l. Non dubium, in 5. opp. C. de legib. sed eorum argumenta nihil nos morantur. Primum sumitur ex regula l. actus, de reg. iur. nihil est; quia debet intelligi de actib. legitimis ibi expressis secundum Decium in princip. vel de actib. solemnibus, vt declarat optimè doctissimus Petrus Faber, in Commentarijs eius loci. Secundum est; quia sententia debet esse conformis libello, l. vt fundos, ff. commun. diuid. Respondeo: supponendum esse, quod sit conformis in substantialibus, quia scilicet, contineat condemnationem, vel absolutionem, iuxta l. 1. ff. de re iudicat. Tertium est: quia sententia non valet lata sine caussæ cognitione, l. 2. C. de senten. ex periculo recitanda. l. vlt. C. comminat. per epist. c. ponderet, 50. distinct. Respondeo, hic supponendum esse, caussæ cognitionem fuisse adhibitam, licet

licet inutilis conditio adiecta fuerit. Quartum est, ex l. 1. §. cum adijcitur, de verb. obl. sed responde, vt per Osasc. decis. 146. nu. 6. Vltimum sumitur ex l. non dubium, C. de legibus, cui satisfacit gl. in d. §. Biduum.

CAPVT XVIII.

An valeat sententia lata sub conditione intrinseca respiciente tempus præteritum, vt puta (si probatum sit?)

NOn puto, valere sententiam iudicis, qua reum condemnauerit sub ista conditione, si probatum est eum debere; quia nihil definit huiusmodi sententia. Quod tamen fieri oportuit, l. penult. & vlt. C. de sent. quæ sine cert. quant. profer. l. in summa, §. fortis, de re iud. l. 1. ff. eod. tit. l. de qua re, de iudic. l. 3. §. tu magis, de testib. l. quinquaginta, de probatio. Videtur enim lata absque causæ cognitione, cum ex actis iudex non cognouerit, an fuerit probatum, nec ne. Ergò non valet, l. 2. C. de sent. ex periculo recit. c. iudicantem, 30. quæst. 5. Et sequor hac in re sententiam Cumani & Benutij Castrensisq; in consil. 423. lib. 1. & in l. 2. §. Biduum. ff. quan. app. sit, num. 7. in quam & Ripa inclinare videtur in l. ait prætor, §. si iudex, num. 7. de re iudicata.

Contraria sententia est communior, quam secuti sunt Bart. Alex. Ias. & alij communiter in d. §. si iudex, Osasc. decis. Pedem. 146. num. 10. Gabr. conclus. 1. num. 21. tit. de sententijs. Sed nullum firmum habet fundamentum: quia leges adductæ pro hac sententia loquuntur de sententia iudicis referente se ad aliud, & conditionem in se habente intrinsecam vel extrinsecam in his, in quibus nihil iudici imputari potest: & in quibus certa nihilominus est sententia & condemnatio; non autem, vbi conditio totam sententiam reddit incertam, vbi apparet iudici non liquere; prout accidit, quando condemnat reum, si probatum est: dubius ergo est iudex, an sit probatum, cum ita pronunciet. At, vbi non liquet iudici, nec pronunciare debet, l. vbi C. de fals. l. hæc autem, ex quib. cau. in possess. eat. gl. in l. si de meo §. vlt. ff. de arbitr. glos. in cap. pen. de eo, qui mittitur in possess.

Videantur ergò leges pro communi sententia adductę, ne sub generali verborum sermone quisquam decipiatur. Sunt hæ, l. ait prætor, §. si iudex, de re iudi. l. in summa, eod. tit. l. à diuo Pio, §. si in venditione, eod. tit. l. qui testamento. de excusat. tut. l. Generaliter, C. de reb. cred. l. cum iudex. C. de sen. & interloc. om. iud. Nihil simile competies in his legib. Vide: nec enim iudicium tuum impedire volo prolixitate verborum, quæ recitando dictas leges facile tædium adferrent.

CAPVT XIX.

An valeat sententia lata sub conditione intrinseca respiciente tempus futurum, puta (si probabitur?)

NOn puto, valere huiusmodi sententiam, quia nihil certi continet, arg. l. 3. C. de sentent. quæ sine cert. quant. §. Curare, inst. de actio. Maximè, cùm ista conditio non statim impleri possit, quemadmodum illa, si iurauerit, quo casu valet, vt in l. Generaliter, C. de reb. cred. vt not. glos. in l. cum iudex, C. de sent. & interloc. om. iud. Adde, quod huiusmodi sententia videtur peruertere ordinem iudicij; probationes enim fieri debent ante sententiam; non autem post, l. peremptorias, C. sentent. rescindi non posse. Nec potest dici lata caussa cognita, cùm nulla probatio fuerit facta. In summa, ex probationibus partis pronunciandum est, non ex futuris, nisi futuræ probationes

A pertineant ad executionem & liquidationem pronunciati. Bartol. in l. cum iudex, C. de senten. & interloc. Castrens. in l. continuus, de verbor. obligat. & est communis sententia Doctorum, vt per Osascum decis. Pedemont. 146. Gabriel. conclus. 1. tit. de sent. num. 27.

Contrarium multi docuerunt ab Osasco & Gabr. citato in locis annotatis. Primò, ex l. 2. §. Biduum, ff. quan. app. sit. Respondet Ripa in l. ait prætor, §. si iudex, de re iudic. textum illum loqui de conditione, quæ suspendit. Hæc autem conditio, si probabitur, sententiam reddit prorsus incertam, & aliam sententiam expectat post se, contra textum in l. iudex, de re iudic. Secundò, quia probationes non sunt de substantia iudicij, l. cum putarem, ff. fam. ercisc. Respondeo, de substantia tamen sententiæ esse, vt caussam definiat, quod ista non facit. Ergo non valet. Tertiò quia hæc sententia est contra ius litigatoris: nam, actore non B probante, reus absoluitur, l. qui accusare, C. de edendo, ergo valet & appellare necesse est, l. 1. ff. quæ senten. sine app. rescin. Respondet Ripa in d. §. si iudex, uideri esse contra ius constitutionis, quia constitutio mandat, probationes fieri ante sententiam. Addo, sententiam huiusmodi notoriè esse iniustam. Ergo non ualet, c. inter cæteras, de sent. & re iudic. Gabr. tit. de senten. conclus. 10. Rota nouiss. deci. 85. in prima parte. Quartò, adducitur text. in c. cùm uenissent, de constit. cui satisfacit Osasc. d. decis. 146. in fine. Vltimò, quia parte non opponente, incertitudo non uitiat, vt notatur in l. ult. C. de ann. except. Hic autem pars non opponit: quia non appellat.

Respondeo, licet non appellet, de nullitate tamen dicit: nam supponendum est, de nullitate dici. Si enim nullus sit, qui de nullitate dicat, est perinde ac si ualida esset sententia. gloss. in l. qui habebat, in fine, de manu. testam. D. Cep. consil. 47. num. 20. Adde, quod C nec consensus partis facere potest, ut sententia, quæ est nulla, ualeat in uim pacti, l. 3. C. commun. utriusque iud. Sed consensus hoc in casu debet esse expressus, nec sufficit tacitus, Crau. consilio uigesimonono, num. 6. de quo tamen uideatur Gabriel. tit. de senten. conclus. 2. num. 18.

CAPVT XX.

Vtrum emphyteusis concessa pro filijs & descendentibus, comprehendat fœminas?

SI emphyteusis concessa sit pro filijs & descendentibus, aliqui docuerunt: fœminas non comprehendi, quasi illud uerbum filijs adiunctum, restringat alterum uerbum descendentibus. Nam commo- D niter receptum est, filiorum appellatione in emphyteusi fœminas non contineri, Clarus §. emphyteusis, quæst. 32. Rolan. consil. 76. lib. 3. Licet ergo descendentium appellatione ueniant fœminæ, Ruin. consil. 24. num. 9. lib. 1. Gozad. cons. 20. num. 7. tamen propter uerbum, filijs, restringitur illius significatio, ita D. Ceph. consilio undecimo, Cor. iun. consil. 321. numero 13. lib. 3. Argumento textus in l. 1. & ibi gloss. & Socin. & alij, ff. de reb. dub. ibi enim probatur, unum uerbum dubium uel obscurum declarari ex uerbo adiuncto. Horum sententiam non est ausus sequi indistinctè Iosephus Ludouic. decisio 29. Lucensi. etenim num. 58. quasi mediam uiam eligendo existimauit, huiusmodi emphyteusim intelligi concessam prius masculis, & postmodum, eis deficientibus, ad fœminas pertinere. Neutra sententia mihi uidetur iuri consentanea: nam, ut de Ludouico me expediam, nititur authoritate Pinelli loquentis, in terminis longè diuersis, quando scilicet, dictum fuit simpliciter pro se & filijs: tunc enim

enim uult Pinellus admitti etiam feminas, ubi masculi non extant. Quod cum quæstione nostra nil sanè commune habet.

Quantum verò attinet ad priorem sententiam, (vt omittam ea, quæ aliàs scripsi contra Communem sententiam, quæ negat filiorum appellatione feminas contineri) dico nunc etiam ex Communi sententia præsupposito nihil proponi, cur verbum descendentes, adiunctum verbo, filiorum, debeat restringi; nam textus in l. 1. de rebus dub. & si quæ sunt alia iuris testimonia inducta ad hoc probandum, nihil minus probant. Aliud est enim, verba ambigua, & obscura ex verbis adiunctis declaranda esse, (vt probator in dictis locis:) Aliud verò est, quod nunc venit in disputationem, an generale verbum adiunctum speciali suam amittat naturam, & de generali efficiatur speciale. Quod sanè verum non puto: nam si dicatur, quicumque homo, illud verbum, quicumque, non restringit (licet specialiter denotet genus masculinum) alterum verbum homo; nec impedit, quominus tam masculum, quam feminam comprehendat, vt notat Bart. in l. 1. de verb. sign.

Ego igitur lubentius aliorum sententiæ subscribendum puto, qui in proposita specie docuerunt, tam masculos quam feminas comprehendi, secutus tradita per Corn. in conſ. 263. lib. 1. per Iacobinum à sancto Georgio in l. sed si hac, §. liberos, de in ius vocan. Alexand. in consil. 81. colum. fin. lib. 1. Bero. consil. 152. num. 32. & sequent. lib. 2. & hanc sententiam videtur etiam sequi Alexand. in d. §. libetos, Iason in l. si quis id quod, num. 23. versicul. 2. limitat, de iurisd. omn. iudic. & Gozad. in conſ. 20. num. 7. Corbul. de iure emphyt. cap. 20. num. 32. & seq. & cùm hæc scripsissem in causa cuiusdam Dominæ Politenæ, vidi decisionem Rotæ Florentinæ non hac sententia, libro 66. motiuurum, folio 136.

Et tanto magis in causa illa ita respondit, ne emphyteusis de vna linea ad alteram transiret: nam, quamdiu superest aliquis de vna linea disponentis, semper portio illa spectare debet ad superstites illius lineæ tam masculos quàm feminas exclusis descendentibus omnibus alterius lineæ etiam masculis, Corne. conſ. 233. num. 10. lib. 4. Ruin. conſ. 9. num. 3. lib. 1. Bero. conſ. 352. num. 35. & num. 42. lib. 1. & conſ. 93. num. 26. eod. Osasc. decis. Pedem. 23. num. 34. Cels. Hugo conſ. 93. num. 10.

CAPVT XXI.

An emens ab Ecclesia teneatur stare Colono?

EMentem ab Ecclesia teneri stare colono, omnium primus affirmauit Ludouic. Rom. in l. filiofam. §. si vir, ff. soluto matr. quem secutus est Alexan. in conſ. 118. num. 14. lib. 5. necnon Gratus in conſ. 95. num. 23. lib. 1.

Contrarium respondit Curtius senior, in conſ. 10. sequutus Alexandrum sibi contrarium in d. §. si vir, num. 5. Fundamentum huius sententiæ posterioris est, in l. emptorem, C. de locato, cum nulla lex reperiatur, quæ contrarium ius statuerit, in eo, qui ab Ecclesia emit. Ergo standum est regulæ. Fundamentum verò posterioris sententiæ positum est in l. fin. ff. de iure fisci, vbi constitutum est in emente à fisco, vt teneatur stare colono: *ne fiscus teneretur, quod ei frui non licuisset*, argumentando a fisco ad Ecclesiam. Atque hinc pendet tota difficultas, scio communem esse sententiam, valere huiusmodi argumentum, sicut monet Euerard. ibi, & tradunt etiam Alba, in conſ. 108. in fi. D. Ceph. conſ. 185. num. 46. & seqq. sed facilè est aliquid affirmare, at probare, quod affirmatur, hoc opus, hic labor est.

Ego sic statuo: multos esse casus, in quibus Ecclesia vtitur eodem iure, & priuilegio, quo fiscus. Sed nullum habeo iuris, vel Canonici, vel ciuilis testimonium, quo cautum sit, Ecclesiam vti iure fisci in casu nostro; si igitur nulla lex hoc dicit, nec nos dicere debemus. l. illam, C. de collationibus, fateor in fauorē Ecclesię dici posse idem, quod dicitur in fauorē fisci, *ne Ecclesia teneretur eo, quod conductori frui non licuisset*, sed iuris auctorem desidero, qui hoc decernat, atque declaret: nam inter ius, & æquitatem interpositam interpretationem soli legumlatori conuenit dirimere, l. 1. C. de legibus, nec priuilegia sunt inducenda, l. quid vero, ff. eod. Atque ita disputando dici posset. Verumtamen, cum res dubia sit, facilè subscribo sententiæ, quæ pro Ecclesia est, l. funi personæ, ff. de relig. & sumpt. fun. pro qua est decisio Aluari Valascii, decis. 40.

CAPVT XXII.

Qualiter læsio consideretur in arbitramento?

SCribit Bart. in l. 2. num. 7. C. de rescind. vend. læsionem in arbitramento, siue laudo, (vt vocant,) considerandam esse ac deducendam, inspecto dubio litis euentu; sicut in transactione fieri solet, cùm disputatur, an transactio contineat læsionem vltra dimidiam? nam arbitramentum est species transactionis, Auth. si vero contigerit, C. de Iudicijs, & ibi glos. in verbo tum compositionem, & Bart. secuti sunt multi, quos commemorat ibi Cagn. num. 84. & seq. cui sententiæ, præter exemplum transactionis, suffragari uidetur, quod aliàs etiam idem receptum sit, ut quoties contractus dubius est, spectari debeat euentus dubius, l. si iactum retis, ff. de act. empt.

Contrariam sententiam, Bartolo acriter reprehenso, amplexus fuit Bald. in d. l. 2. in 8. opp. Primò: quia coram arbitratore propriè lis non est. Deinde, quia quandoque compromittitur de pretio rei, ibi non potest lis æstimari, quæ non est, nec esse speratur, Baldum secuti sunt multi, quos commemorat Iason, in l. si quis cum aliter, sub num. 15. de verb. oblig. confirmantes hanc sententiam ex eo, quod arbitramentum non sit propriè transactio, vt fatetur idem Bart. in l. quod si Ephesi, §. 1. ff. de eo, quod certo loco, glos. in cap. si quando, de off. de legat.

Breuiter agendo: tota difficultas huius rei consistit in cognoscendo, an arbitramentum dicatur esse transactio: qua in re duo sunt distinguenda. Aut enim agitur de arbitramento emologato, aut non emologato. Si arbitramentum sit emologatum; non potest dici transactio: quia transactio dicitur, cum a lite receditur, l. 1. ff. de transact. Hic verò non receditur à lite; quia laudum non est approbatum: imò peti potest reductio in arbitrium boni viri, vt notum est ex l. societatem, §. arbitrorum, ff. pro socio. Si verò laudum fuerit emologatum, & approbatum: videtur mihi verè, & propriè transactio; quia partes a lite recedunt, cōsentientes in huiusmodi arbitrium: aliquo scilicet, dato, vel retento: sicut & iuramentum dicitur esse quædam species transactionis, l. 2. ff. de iureiur. quia scilicet seruato iuramento, plerumque lites finiuntur, l. 1. ff. eod. & ita affirmat Dec. in c. si quando, de off. deleg. num. 6.

Hoc igitur ita posito, rectè Bart. sensisse videtur, cum dixit: arbitramentum transactionem quandam esse, & idcirco, ad eius læsionem dijudicandam, spectandum esse litis euentum. Maleq; reprehenditur à Baldo qui rectè loquitur, si de arbitrio agatur non emologato, (vt supra dixi.) Et sic opiniones conciliari posse videntur.

CA.

CAPVT XXIII.

De melioramentorum æstimatione in rebus fideicommisso subiectis.

RECtè scribit I.C. in l. in fundo, ff. de rei vendi. in æstimandis meliorationibus rationem habendam esse eius, quod impensum est, si minor sit impensa, quàm melioratio: sin autem maior sit, rationem meliorationis. Sed quæstionis est controuersæ, an idem statuendum sit, quoties hæres grauatus per fideicommissum rem ipsam restitutioni obnoxiam, meliorem efficit, vel aliquis alius dominus rei, subiectæ tamen restitutioni. (Dd. appellant dominium reuocabile.)

Etenim sunt, qui negant, huic distinctioni locum esse in domino, licet obligato ad rem restituendam, restringentes doctrinam iurisconsulti in d. l. fundo, ad bonæ fidei possessorem, qui nullum habet dominium in re meliorata. Ita Valasc. de iure Emphyt. quæst. 25. num. 28. Rum. cons. 74. lib. 1. Ludouic. Moroc. alios adducens cons. 31. num. 13. & seq. Quorum fundamentum est: quia d. l. in fundo, loquitur de bonæ fidei possessore, igitur extendi non debet ad dominum rei: quia dominus rei impendit in suo, & in re propria, licet furè reuocabili sui restituenda. Ideoque tempore restitutionis faciendæ tantum transfert ad dominum quantum abest ei, hoc est, veram æstimationem rei, quæ tempore restitutionis est. Huc accedit text. in l. domos, de leg. 1. vbi videtur probari, faciendam esse æstimationem ædificij, quo posito, non erit habenda ratio eius, quod impensum est, sed qualitatis ipsius ædificij, id est, meliorationis factæ.

Contrariam sententiam habuerunt Mazar. in epit. de fideicommiss. quæst. 65. & in cons. 11. num. 9. Burs. cons. 71. num. 22. Hip. Rim. cons. 411. dubio 2. Peir. de fideicomm. quæst. 15. num. 271. Garzia. Hisp. de expensis, & melio. cap. vii. circa princ. Quam sententiam, & ego amplector, sicuti alibi feci, lib. 7. cap. 93. quoniam non adfertur ratio differentiæ inter dominum, & bonæ fidei possessorem, loquendo de domino reuocabili: quoniam huiusmodi dominus reuocabilis restitutioni obligatus, videtur esse quodammodo in mala fide: quoniam scit se teneri ad rem restituendam, argum. l. vlt. §. vlt. com. de leg.

Huc accedit ratio iustitiæ commutatiuæ, per quam conseruatur indemnis, cùm recipiat id, quod impendit, licet maior sit melioratio, ideoque non potest iustè conqueri. Quòd, si meliorationis impensa rem longè pretiosiorem reddiderit, ita vt æstimatio rei longè superet impensam factam: iustè non potest eiusmodi prætendere æstimationem, atque argumentum: quoniam cedere debet vero domino, quemadmodum & damnum ipse dominus sentiret, l. secundum naturam, de reg. iur. Minùs potest iustè conqueri, si minor sit melioratio, quàm impensa facta: quia nó transtulit in verum dominum aliud, quam meliorationem. Ergo non tenetur dominus restituere plus, quam acceperit.

Non obstat text. in d. l. domos, quia nihil aliud dicit, quam boni viri arbitratu restitutionem esse faciendam, habita ratione sumptuum, & ædificiorum, quod rectè intelligi potest secundum distinctionem d. l. in fundo. Non obstat, quod dicitur, dominum rei, licet reuocabile, non compensare fructus cum melioramentis, sicuti possessores bonæ fidei iuxta l. sumptus, de rei vind. secundum Bald. Ang. & Imo. in l. Insulam. §. 1. solut. matrim. Castr. Alex. in d. l. & est glos. celebris in d. l. emptor, in verbo superfluum, de rei vin. Garz. de expens. & melio. cap. 23. num. 53. Ratio diuersitatis, hic in promptu est: nam melioratio facta a domino cedit solo, & sic est ipsius domini. Metrò fructus ex ea percipere potest: & suos facit

A tamquam perceptos ex re sua. Sed, vbi melioratio fit à bonæ fidei possessore, alia est ratio: quoniam melioratio fit in re aliena; consequenter fructus ex melioratione percepti, dicuntur esse percepti ex re aliena: meritò fieri debet compensatio fructuum, & meliorationum. At hæc ratio nil commune habet cum quæstione nostra, vt patet.

CAPVT XXIV.

An l. si quis argentum. §. fin. C. de donat. locum habeat in pacto de donando?

AFfirmant locum habere Bar. in l. iurisgentium, ff. de pact. Rip. lib. 3. resp. cap. 12. Pinell. ad l. 2. in 2 par. num. 30. C. de rescind. vend. Aret. in §. per- B sonam, institut. de actio. Fortun. in d. l. iurisgentium, num. 31.

Negant Sal. in d. l. si quis argentum, §. fi. Faber in §. aliæ inst. de don. Imola in l. in ædibus, §. ex rebus, de don. Alex. in d. l. iurisgentium, col. 3. vers. item adde, Tiraq. cons. 69. num. 18. lib. 3. Alcia. in l. 1. num. 21. de ver. obl. Et hæc est communior, vt ibi per Rolan. Hipp. Rim. inst. de don. §. 1. num. 397. vbi re discussa hanc amplectitur, vt veriorem, & probabiliorem.

Omnis difficultas consistit in recta intelligentia text. in d. l. si quis argentum, §. ultim. cuius hæc sunt uerba: *Sin autem hoc minimè donator expreßerit, si quidem stipulatio donationi inserta sit, ex eius auctoritate traditionem compelli fieri: sin verò & hoc prætermissum sit, & vsumfructum minimè detinuerit, nihilominus ex l. nost. necessitatem ei imponi, etiam tradere hoc quod donare existimauit, vt non ex hoc inutilis sit donatio, quòd res non traditæ sunt: nec con-* C *firmetur ex traditione donatio; sed liberalitatem plenam & secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur: & necessitatem habeat donator omnimodo, vel res, vel partem substantiæ quam nominauerit, uel totam substantiam tradere. Cum enim in arbitrio cuiusque sit hoc facere, quod instituit: oportet eum, vel minimè ad hoc prosilire, uel cum ad hoc uenire properauerit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare, tantamque indeuotionem quibusdam quasi legitimis uelamentis protegere. Tantoque magis hæc firma esse, si pijs actibus, vel religiosis personis donatio deputata sit: monumentorum obseruationem in his modis secundum quod specialiter à nobis in huiusmodi casibus prædictum est obseruandam: ne in præfatis pijs causis ex quibusdam machinationibus non solum indeuotus, sed etiam impius donator intelligatur, & pœnasque non solum legitimas, sed etiam cælestes expectet: resque donatas in omnibus supra dictis casibus non solum eos dum superfunt, sed etiam eorum successores reddere com-* D *pelli, non tantum his, in quos donatio facta est; sed etiam eorum hæredibus.*

Omitto recensere, quæ Riminaldus, & alij varijs huius textus ponderationibus in medium attulere; & breuiter concludo: pactum de donando contineri in hac præclara constitutione. Itaq; si quis (exempli caussa) promiserit alicui citra stipulationem se ei donaturum; existimo actionem dari, qua is cogatur implere, quod promisit. Mouent me verba textus, & ratio legis, ex quibus duobus argumentum somptum firmissimum est, l. nominis, & rei, §. verbum. Ex legibus, de verb. sign. Verba legis planè ostendunt eum, qui promisit se donaturum absque stipulatione, hac constitutione comprehendi, in illis verbis. *Necessitatem ei imponi etiam tradere, quod donare existimauerit*, qui enim promisit se donaturum, proculdubio donare existimauit, id est, cogitauit donare, in animo habuit atque constituit se donare velle.

Confirmatur hoc argumentum: quia certum est,

hac

hac constitutione compelli donatorem, qui nudo pacto donauit absque stipulatione & traditione. Sed pactum de donando nihil aliud est, quàm donatio nudo pacto celebrata. Ergo etiam pactum de donando comprehenditur in eadem constitutione. Vbi illud moneo, me dixisse: pactum de donando idem esse, quod est donatio nudo pacto facta: non autem dixi, idem esse, quod donatio simpliciter facta. Scio enim aliud esse donare: aliud vero esse promissionem de donando. Sicuti aliud est venditio, aliud pactum de vendendo. Verum pactum de donando, & donatio nudo pacto facta: vnum & idem esse videntur. Hoc esse verum sic ostendo. Pactum est duorum pluriumue in idem placitum & consensus, l. 1. §. pactum, de pactis. Igitur pactum de donando, erit duorum pluriumuè consensus & placitum circa donationem; vt puta, promitto me tibi consentienti donaturum; vel, tibi donabo, istud est pactum de donando.

Donatio autem nudo pacto facta quid est? certè nihil aliud, quam nuda promissio: non enim traditio interuenit, neque stipulatio. Quia, si quis dicat; dono tibi hanc rem, non erit donatio nudo pacto facta: sed vera & realis, si res sit præsens, quæ donatur. Si vero non tradatur res, neque præsens sit; donatio huiusmodi resoluitur in promissionem & pacti, quo quis promittit se velle donare, siue promittit rem illam ex causa donationis: nam, donatio absque traditione & stipulatione facta, obligat donantem vigore pacti, id est, mutui consensus donantis, & donatarij, ad rem tradendam. Simili modo, qui promisit donare, videtur obligari: quia hic etiam inest consensus vtriusq; partis, & sic effectu & veritate considerata, nulla prorsus differentia est; quamuis non negauerim, subtilitate verborum inspecta, aliquam esse differentiam. Illud contendo, si pactum est, cùm quis dicit: ego dono, obligare donantem ad dandum, & simili modo eum, qui promisit donare obligatum videri ex pacto. Ratio autem legis militat etiam in pacto de donando: nam ratio fuit fauor liberalitatis, (vt ex text. intelligitur) ideoque militat etiam in pacto de donando, cum & ipsum pactum liberalitatem contineat.

CAPVT XXV.

Descendentium per lineam masculinam appellatione an veniant fœminæ?

DEscendentium per lineam masculinam appellatione veniunt etiam fœminæ, vt notat glos. in l. Gallus, §. nunc de lege, de lib. & posthum. vbi Bal. notat. Castrens. Aretin. Socin. Alex. & Ias. nu. 10. qui testatur hanc esse communem sententiam, idem Alex. cons. 55. nu. 2. lib 6 D. Cephal. consi. 423. nu. 22. lib. 4. & alij. quos commemorat Menoch. consil. 379. nu. 26. Bero. cons. 77. nu. 19. lib. 2. Gabriel cons. 90. nu. 33. lib. 1. Et ratio est in promptu: quia linea masculina incipit à filio masculo: quemadmodum linea fœminina incipit à filia femina. Ergo, si ex filio masculo nascatur filia, illa dicitur descendere per lineam masculinam; cum descendat ex masculo, a quo incipit linea mascolina.

Cęterum Castr. in l. maritus, C. de procur. non malè scribit, filiam non intelligi esse ex descendentibus per lineam masculinam: cùm linea non incipiat à patre; sed à filio, & consequenter, ipsa filia caput sit atq; principium lineæ fœmininæ, ideoque dici minimè possit descendere per lineam masculinam. Adducit Specul. in tit. de locat. §. nam aliqua. vers. 146. & idem Castr. ita consuluit in cons. 9. lib. 2. Ruin. cons. 126. num. 13. & 218. num. 7. libr. 1. & alibi. Malè igitur Crau. in consilio 656. numero octauo, & nono, & si qui sunt alij, qui Castrens. doctrinam repudiarunt.

A Iuri autem & rationi conuenienter docuerunt, qui distinctionem istam adhibuerunt. Aut quæstio est de filia: & non dicitur descendere per lineam masculinam, (vt rectè voluit Castren.) aut quæstio est de nepote vel pronepote; & tunc locus fit contrariæ opinioni, quia neptis ac pronepta descendentes ex masculo dicuntur descendere per lineam masculinam, ex doct. glos. in d. §. nunc de lege.

Hæc est solida & vera conclusio omnino amplectenda, & etiam communiter recepta, Alex. cons. 43. num. 6. lib. 3. & 53. lib. 6. Bero. cons. 77. nu. 19. lib. 2. Gabr. consil. 90. nu. 33. lib. 1. Menoch. cons. 926. num. 10. vers. secundo casu. Hondedeus cons. 4. nu. 20. lib. 1.

Quæ tamen conclusio non procedit, quando versamur in ea dispositione, in qua fuit habita ratio conseruandi bona in agnatione masculina: tunc enim facilè consentio, masculos ex masculis descendere per lineam masculinam, siue dici de linea masculina: non autem fœminas, vt laté docet Peregr. de fideic. art. 26. no. 30. Simon
B de Prætis, de interpret. vltim. volun. lib. 3. dubit. 1. solut. 11. num. 51. Ludou. Molin. de primog. lib. 3. c. 5. nu. 69. Surd. cons. 316. lib. 3. Nisi ponas, fœminam ex masculo natam, nuptam esse alicui de agnatione, ita vt & in ea verificari possit ratio conseruandi bona in agnatione, vt respondit Crauet. consil. 831. nu. 3. vers. si dixeris, & numer. 6. vers. 5. in specie, & consil. 877. per totum refert & sequitur Mantica de coniect. 8. tit. 12. nume. 10. Quibus ita constitutis, omnia sedata controuersia.

CAPVT XXVI.

Vtrum post conclusum in caussa possint produci instrumenta de nouo reperta?

C ORdine recensebo, mox ad examen reuocabo, omnium sententias hac de re.

Prima & communis est, produci posse, Bart. in l. admonendi, de iureiur. & ibid. Ias. nu. 55. Canonistæ in c. cum dilectus, de fide instrum. Asininus in praxi, § 23. c. 6. in tertia limit. Andr. Gail. lib. 1. obs. cap. 107. nu. 10.

Hanc communem sententiam ampliat Alba. in cons. 9. num. 33. vt possit fieri productio absque restitutione in integrum.

Sed Castrensis in d. l. admonendi, num. 25. restringit, vt procedat, quando caussa talis est, in qua appellari non potest, tunc enim æquum esse videtur, vt produci possint instrumenta de nouo reperta in eodem iudicio, quia produci non poterunt coram iudice appellationis, cum appellari non possit.

Sed Ludouicus Romanus in d. l. admonendi, con-
D tradixit negans produci posse, & idem respondit in consil. 176

D. Menoch. de arbitrar. casu. 241. consentit, produci posse, si modo duo probentur. Primo, fuisse de nouo reperta, quod iuramento probabitur, Deinde, producentem vsum fuisse diligentia, vt reperirentur.

Felin. autem in c. cum dilectus, num. 16. de fid. instrumen. inquit: communem sententiam defendi posse, quod scilicet produci valeant, vbi quis nullam negligentiam commisit in perquisitione instrumentorum nouiter repertorum, post conclusionem in caussa vt, quia probabiliter ea ignorauit. Nam produci possunt post conclusionem mediante restitutione in integrum ex clausula generali; *Si qua mihi iusta caussa videbitur.*

Quod attinct ad priorem communioremque sententiam, vereor ne rectè subsistat; nam fundamentum habet in l. admonendi, de iureiurand. & in l. videamus,

mus, §. vltimo de in lit. iuran. & in c. paſtoralis, de exceptio.

Textus autem in l. admonendi, procedit ſecundum veram & communem Doctorum interpretationem, vbi lis deciditur iuramento delato à iudice: tunc enim (quia cauſſa eſt deciſa ex probationibus priuilegiatis:) æquum eſſe videtur, in odium etiam periurij, vt inſtrumenta de nouo reperta produci poſſint: quamobrem ea deciſio nõ rectè applicari poſſe videtur ad eas cauſſas, quæ ordinarijs probationibus ſolent expediri. Textus autem in l. videamus, §. vlt. nihil aliud dicit, quam iudicem poſſe ex magna cauſa; veluti ex probationibus nouiter repertis, pluris, vel minoris condemnare, quam iuratum ſit in litem. Ex quo non rectè inferri poteſt ad quæſtionem noſtram, vt contra ordinem iudiciarium probationes admittantur poſt concluſum in cauſſa, in cauſis aliter deciſis, quam per iuramentum. Textus denique in d. cap. paſtoralis, probat quidem, inſtrumenta de nouo reperta poſſe produci poſt terminum datum, ſed non probat, poſſe produci poſt concluſum in cauſſa. Quæ quidem duo longo inter ſe diſtant interuallo, vt probat text. in c. cum dilectus, de fide inſtrum. dum ait: produci poſſe inſtrumenta poſt publicationem proceſſus, non autem poſt concluſionem in cauſſa.

Quod attinet ad extenſionem Albæ, illa laborat eodem morbo: quia præſupponit, iure ordinario admittendam eſſe productionem, (prout docet communis ſententia:) & ideo nulla opus erit reſtitutione in integrum.

Ad ſententiam Caſtrenſis, quod attinet, illa certè rationi & iuri conſentanea eſſe videtur in ea parte, in qua negat productionem fieri poſſe, (vt mox dicam circa Ludouici Romani ſententiam,) ſed in altera parte non placet, quia ratio eadem eſt, vbi non datur appellatio. Nam per productionem impeditur ordo iudicialis; paria enim ſunt: cõcluſum eſſe in cauſſa, vel latam ſententiam, Bart. in l. ſi mater. §. eandem, de except. rei iudica. Sed poſt ſententiam produci non poſſunt inſtrumenta de nouo reperta, l. ſub ſpecie, C. de re iud. Ergo nec poſt concluſionem in cauſſa.

Et ideo ſententia Ludouici Romani videtur eſſe iuri conſentanea, ſi modo temperetur ex Felini doctrina. Etſi enim productio fieri non poſſit poſt concluſionem in cauſſa, c. cum dilectus, de fide inſtrum. vbi tamen iuſta cauſſa ſubeſt, iuſtumque impedimentum, propter quod reſtitutio in integrum ex clauſula generali locum habere poſſit, nihil proponi video, cur deneganda ſit productio. Et ideo ſententia Felini videtur mihi longe veriſſima, & omnino amplectenda, idemque ſenſiſſe Menochium a caſu 241. dum requirit probationem diligentiæ, non videtur mihi dubitandum.

CAPVT XXVII.

An in caſu l. Admonendi, de iureiurando opus ſit reſtitutione in integrum, vt ſententia retractari poſſit: propter inſtrumenta de nouo reperta?

COmmunis eſt ſententia, opus eſſe reſtitutione in integrum, Iaſ. in d. l. Admonendi, num. 10. Odd. de reſtit. in integ. quæſt. 74. art. 5. Sed vereor, an vera ſit. Nam fundamentum habet in illis verbis textus: *Ex integro cauſſam agere*: quæ quidem verba non important reſtitutionem in integrum; ſed cauſſam de nouo agi poſſe, vt eſt ſimile in l. ſi diuerſa, C. de tranſact. Fundatur etiam in l. Diuus, de re iudic. in l. Diui, de pœnis in l. 2 & 3. C. ſi ex falſ. inſtrum. in l. Imperatores, de re iud. & in l. ſeruo inuito, §. cum prætor, & ibi gloſ. ff. ad Treb. Sed fundamentum hoc eſt debile: quia iſti textus loquuntur, quando ſententia lata eſt ſuper probationibus ordinarijs, non autem ſuper probationibus priuilegiatis: videlicet, ſuper iuramento, prout loquitur textus in d. l. Admonendi.

Contrariam igitur ſententiam amplector, quam ſecutus eſt Iaſon. in d. l. Admonendi, & multi alij, quos commemorat Odd. loco annotato. Motus, quia textus in d. l. Admonendi, dicit conſtitutionibus Principum permiſſum, hoc fuiſſe. Si conſtitutionibus Principum hoc permiſſum eſt: ergo fruſtra auxilium reſtitutionis in integrum poſtulatur, l. 1. C. de theſaur. Nec tollitur fundamentum, dum dicitur: conſtitutiones Principum in hoc ſequi prætoris æquitatem, & multa alia officio iudicis competere, quæ iure ciuili inuenta ſunt. Nam fateor, ius ciuile plerumque niti æquitate; eſt enim ars æqui & boni: & ius prætorium viua vox iuris ciuilis eſt. l. nam & ipſum, de iuſt. & iure. Sed aliud eſt, ipſo iure aliquid competere, aliud verò per in integrum reſtitutionem. Satis eſt igitur in propoſito, hoc beneficium ipſo iure competere: nec reſtitutione opus eſſe, licet verum eſſe poſſit, totum hoc ius ciuile plenum eſſe æquitate, ad ſimilitudinem iuris prætorij; nam & æquitatem iudices ſequi debent, l. placuit, C. de iudic. Sed non eſt imploranda in integrum reſtitutio, niſi quando iure ordinario deficimur. Nec nouum eſt ea, quæ iure priuilegiario conceſſa ſunt, retractari ob inſtrumenta, & iura de nouo reperta, iure ita ſuadente, abſque reſtitutionis auxilio. Videatur textus in l. videamus; §. vlt. de in lit. iurando. & in auth. ſed bono iure, C. de pœn. iudicij, & in l. ſi qui adulterij, C. de adulter. & in l. ſi minor. 25. annis addito de minor. Specul. tit. de homicid. verſ. ſed pone, & ibi Ioan. Andr. Rom. conſ. 228. in fine, Tiraq. de nobilit. cap. 37. num. 96. Boſſius tit. de remed. contra Brun. num. 4.

CAPVT XXVIII.

De abſolutione ab obſeruatione iudicij.

NOti ſunt quatuor caſus, in quibus iudex abſoluere debet reum ab obſeruatione iudicij, quos Commemorat Maranta in Specul. par. 5. verſ. & omnia ſiant, num. 51. Sed præter hos Bartolus in l. admonendi, de iureiur. & cum eo Iaſon numero 75. in repetit. Couar. lib. 1. variar. reſolut. c. 1. num. 8 & cæteri Dd. communiter, ponunt alium caſum; videlicet, quando terminus ad probandum datus non fuit: tunc enim reus eſt abſoluendus ab obſeruatione iudicij, ſi actor nil probauerit, l. Properandum, §. etſi quidem, C. de iud.

Quod procedit, iure communi inſpecto. Quo cautum eſt, inſtantiam iudicij triennalem eſſe. Cæterum, ſi ex compromiſſo, vel ex reſcripto delegantis certus terminus fuerit aſſignatus, ad expediendam cauſſam: quoniam intelligitur datus & aſſignatus etiam ad probandum: ideò, ſi actor nil probauerit; tunc reus eſt abſoluendus à petitis: non autem ab obſeruatione præſentis iudicij. Ita Bart. vbi infra adducens gloſ. in l. idem Pomponius ſcribit, ſi de meis, §. ult. verſic. nondum liquere, ff. de arbitr. & Bart. ſequitur Cæpolla caut. 91. incip. ſæpe contingit, & Mattheſil. ſing. 17. & ibi addentes.

Solus Fulgoſius contradixit, neſciens differentiam intelligere inter inſtantiæ terminum, datum à lege, & datum ab homine. Et ſecundum Fulgoſij ſententiam aliquã do iudicatum fuiſſe, refert Caſtr. in d. l. admonendi, n. 14. Adeò, vt hunc caſum dubium eſſe fateatur Rota Lucenſis, deciſ. 9. inter deciſ. Valariæ.

Caſtrenſis

Castrensis autem in d.l.admonendi, num.34. amplexus est Bart. doctrinam propter Innocentij authoritatem; requirens tamen, vt præcedat litis contestatio: quia, lite non contestata, probationes fieri non possunt, fatendo textum allegatum à Bartolo non probare. Sed, cum nec textus ille, nec glossa Bartoli sententiæ suffragari videatur, vnum superest refugium in authoritate Innocentij, qui nihil aliud dicit, nisi terminum ab homine datum esse peremptorium. Quod Fulgosius facilè concederet; sed & ei concedendum esset, terminum triennalem à lege constitutum simili modo peremptorium esse. Quamobrem fundamentum ipsius Fulgosij adhuc manet in suo robore, cùm nulla differentiæ ratio adferatur, inter legis, & hominis instantiam, terminumque constitutum ad caussam expediendam. Et sic concludo, Fulgosium iuri magis conuenienter locutum videri.

CAPVT XXIX.

De syngrapha recognita ab eo, qui scripsit negante tamen contenta in ea vera esse.

NOnnulla hic controuersia est, nonnullique errores deprehenduntur, nam Bald. in consilio 198. lib. 1. respondit: scripturam priuatam probare contra confitentem manu sua scriptam esse, licet cætera neget. Sed D. Rouescalla in additionibus ibi monet, contra Baldum sensisse Salyc. in l. super chirographarijs, C. si cer. pet. & Ripam in l. Admonendi, n. 1 na. de iureiur.

Quod attinet ad Salycetum, is num. 5. dicit: scripturam non solemnem non probare, vbi factum negatur; licet scripturam quis fateatur, nullamque legem adduci, nec rationem. Ripa verò loco allegato id non dicit, cuius verba hæc sunt: *Istud sanè intelligendum in confitente se scripsisse vel per alium scribi fecisse, secus in confitente scripturam manu producentis scriptum fuisse, & in ea contenta negante. Item secus in confitente scripturam manu tertij scriptam; sed abnegante contenta.* Ex quibus verbis apparet, Ripam non loqui de confitente scripturam manu sua esse scriptam.

Eodem errore labitur Mascardus de probatio. vol. 1. concl. 109. n. 8. dum adducit Ripæ auctoritatem. Errat etiam idem Mascardus, dum ait: Ripam moueri authoritate Romani in cons. 404. pro discutienda in primo dubio. Nam est consilium 204. vbi Romanus hoc non dicit, nec ad propositum citatur à Ripa; sed ad aliud propositum, videlicet quando quis confitetur scripturam manu tertij scriptam & contenta in ea negat, vt videri poterit.

Istis igitur erroribus valere iussis, videtur mihi doctrina Baldi verissima, & omnino amplectēda, argum. textus in l. generaliter, C. de non num. pecu. cum alijs similibus, quibus cautum est, neminem posse negare id, quod semel confessus est. Igitur confessioni standum est, donec contrarium probetur: consequenter, scriptura sic cognita, fidem faciet, nisi contrarium fuerit probatum, vt in d. l. generaliter, & in l. cum de indebito, de probat.

CAPVT XXX.

De priuata scriptura, quam testes recognoscunt qui fuerunt præsentes, non tamen subscripserunt, an faciat fidem?

SCribit Bartol. in d. l. admonendi, de iureiur. huiusmodi scripturam fidem facere, si concurrat comparatio litterarum. Et multi alij idem dixerunt, vt notat ibi Ripa n. 107. quorum fundamentum est in Authen. At si contractus. C. de fid. instr. Sed ille

A textus hoc non probat: quia nihil aliud dicit, nisi comparationem solam non sufficere. Mouentur etiam ratione: quia testes, qui deponunt, se fuisse præsentes, decipi possunt in recognitione scripturæ, sicuti notat etiā Couar. pract. quæst. c. 22. num. 4.

Bene respondet Ias. n. 8. in d. l. admonendi, non esse verisimile, testes decipi, cum deponant per sensum corporis appropriatum actui, l. testium, C. de testib. Nec obstat replicatio Ripæ, quòd testes non possint scire, scripturam esse illam eandem, quam viderunt scribere, nisi per similitudinem litterarum, quæ quidem similitudo est fallax. Nam dicimus: testes optimè posse recordari de tenore scripturæ, & de contractu, & de personis contrahentibus: & omnino standum esse eorum depositioni, cum sit valde verisimilis. l. in exercendis, C. de fide instrum.

Hoc probatur in §. si quis igitur, in Authen. de instr. caut. & fide, in illis verbis: *Etenim tales testificationes suscipimus, quas præsentes testes dicant; quia hic præsentib.* B *subscripsit, qui documentum fecit, & hunc nouerunt.*

Et rursus in illis verbis: *Non ex ipso videatur credibile, quod scribitur super mutuo documentum, nisi etiam testium habeat præsentiam fide dignorum non minus triū: vt siue veniant, & proprijs subscriptionibus attestentur; siue alij quidam testificentur, quia præsentibus eis confectum est documentum, fidem causa ex vtroque percipiat.* ibid. §. sed & si quis: Quæ verba: *fidem ex vtroque percipiat*, ego intelligo, id est, ex documento & testium depositione: quia supra textus dixit, non sufficere documentum solum.

Nec placet Ripæ expositio: fidem ex vtroque percipiat, id est, ex testibus & litterarum cōparatione: quia de litterarum comparatione nihil est dictum suprà, quòd sola non sufficiat: sed dictum est de documento, quod, scilicet, ipsum solum non sufficiat. Et textus in verbis sequentibus subdit aliquid de comparatione, li- C cet eam solam non sufficere, sed testium depositione confirmandam esse, dicat.

Ex quo colligitur: si res incipiat à comparatione, opus esse testibus; secus autem, si documentum recognoscatur à testibus, qui præsentes fuerunt, cum scriberetur documentum. Quare sententia Ias. in d. l. admonendi, n. 88. videtur mihi iuri consentanea.

CAPVT XXXI.

De priuata scriptura non recognita, an aliquam fidem faciat.

PRiuata scriptura, ēt non recognita, fidem aliquā meretur: non tñ plenam, nec semiplenam, vt docet Bart. in d. l. Admonendi. de iureiur. Ias. ibi. n. 89. Ripa, n. 98. & est cōis, vt per Cou. pract. q. c. 22. n. 6. alios citat Mascar. de prob. vol. 1. concl. 3. n. 4. Fundamē- D tum est: quia non est verisimile, quempiam falso facturum aliq̄ scripturam, pp periculum incurrendæ falsitatis, cui maximæ pœnæ sunt impositæ. Confirmari potest hæc conclusio, ex §. si quis igitur, in Auth. de instr. caut. & fide, in vers. sed & si quis, quatenus dicitur ibi: priuatam scripturam fidem recipere ex vtroque, videlicet, ex ipso documento, & ex testium recognitione. Ergo sola ipsa scriptura aliquid valet.

Contrariam sententiam habuerunt Curt. senior. & iunior in d. l. Admonendi, Decius in c. 2. nu. 8. 9. de fide instr. & Cou. loco proximè citato. Moti ex c. 2. de fide instr. ibi. *Non videatur nobis alicuius firmitatis robur habere.* Respondent Iason, & Ripa, vbi supra: non habere robur alicuius firmitatis; quia non facit plenam nec semiplenam fidem, in quibus præcipuè firmitas consistere videtur. Nec obstat, quod dicunt, dari posse materiam fabricandi falsum: quia cum huiusmodi scriptura nec plenam nec semiplenam fa-

ciat fidem; sed tantummodo aliquam & exiguam fidem mereatur; non est verisimile, quempiam commissurum falsitatem pro exiguo huiusmodi lucro, l. si oleum, §. vlt. iunct. l. seq. ff. de dolo. Menoch. lib. 5. præs. num. 20. A

CAPVT XXXII.

An liber rationum probet contra scribentem?

VEra & communis est sententia: librum rationum probare in iudicio aduersus scribentem, sicuti Bart. docet in l. Admonendi, de iureiur. Ias. ibi, num. 110. Ripa num. 3. & alij, vt per Mascard. de prob. vol. 2. concl. 976. Fundamentum satis firmum est in generali regula, l. generaliter, C. de non num. pecun. & c. per tuas, de proba. videlicet; neminem posse venire aduersus confessionem suam, nisi errorem demonstrauerit. Huc accedit textus in l. Lucius, §. tutelę, ff. de admi. tut. & in l. vlt. C. de arbitr. tutel. & in Clem. 1. §. cæterùm, de vsur. Nam, si liber non probaret contra scribentem; non erat opus, vsurarium compellere ad codices rationum suarum edendos. B

Nec obstant responsiones, quæ adferri solent, quod hæc specialiter constituta sint odio vsurariorum, seu aduersus tutores fauore pupillorum: quia, si textus illi perpendantur, non faciunt vim in odio vel fauore personarum, quantum ad hoc, vt libris credi debeat contra scribentem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Imolà & Rom. in l. nuda, ff. de donat. & Bal. in rub. C. de const. pecun. Quorum fundamentum est, quia confessio facta absente parte non probat, l. certum, §. si quis absente, de confessis: liber autem huiusmodi, confessionem quandam scribentis videtur continere in absentia partis.

Respondet Bartolus in d. l. nuda, num. 4. & Dec. in c. 2. num. 19. de fide instr. scripturam semper loqui, l. Arrhiani C. de hæret. proindeque librum semper loqui: ideò, cum producitur in iudicio parte præsente, videtur vim habere confessionis tunc factæ in præsentia partis. Vereor, ne non bona sit responsio ista, quia textus in d. l. Arrhiani, loquitur de scriptura legis, non autem de scriptura hominis. Lex semper loquitur; sed hominis scriptura non æque. Est enim similis voci. Hinc proditum est: nimirum scriptura contentam æquiparari iniuriæ verbali, vt dicebat Rom. in cons. 378. & dixi ego. lib. 9. controu. c. 9. C

Responderi igitur potest ad textum in d. §. si quis absente, non esse ibi quæstionem, an confessio facta parte absente probet plenè, vel non; sed, an confessus pro iudicato habeatur, iuxta l. 1. ff. eod. tit. Et respondet Iurisconsultus non haberi: quia, nemo absenti condemnatur. *Si quis* (ait Vlpianus) *absente aduersario confessus sit, videndum, nunquid nō debeat pro iudicato haberi: quia, nec qui iurat de operis obligatur: nec solet quis absenti cōdemnari.* Hoc est argumentum Iurisconsulti: non solet quis absenti condemnari. Ergo confessus parte absente non potest haberi pro condemnato: quia fictioni non est locus, vbi veritas non habet locum, l. qui ad certum, ff. locati. D

Quibus ita constitutis, ego non video, quomodo ex d. § si quis, absente, inferri possit; confessionem factam, absente parte non probare; quia nihil impedit, quo minus probare, & super tali sententia fundari sententia possit; licet confessus non habeatur pro iudicato: ita s. vt nulla amplius sententia requiratur, vt in l. 1. ff. de confessis. Nota obiter, quod supradictum est: neminem absenti condemnari, verum esse secundum ius antiquū hodie enim absenti quis damnari potest l. Properandū, §. sin autem reus, C. de iud.

CAPVT XXXIII.

An liber scribentis probet pro scribente in connexis?

SI quis velit vti libro rationum contra scribentem, cogitur eidem stare etiā contra se, Bart. in l. quædam, §. Nummularios, ff. de edendo. Bal. in l. Rationes, C. de proba. Menoch. de arbitr. casu. 93. Mascar. de prob. vol. 2. concl. 975. num. 79. quanquam Menoch. vbi sup. id arbitrio iudicis committat.

Alij negant credendum esse libro rationum pro scribente, Abbas in c. 2. num. 10. de fid. instr. Paris. cons. 47. num. 10. lib. 1. Rom. cons. 346. Laur. de Pin. cons. 158. Non referam hic argumenta, quę latè ab istis referuntur: quia totam hanc quæstionem existimo planè decisam esse a Iurisconsulto in l. Publica, §. vl. ff. depos. cuius B hæc sunt verba: *Titius Sempronio salutem Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, discos duos & saccum signatum: ex quibus mihi debetis decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, & quod excurrit.*

Vides, vt puto, in hac epistola contineri debita & credita, (vt vulgo dicitur:) Nunc videamus, an probet contra scribentem: quod. s. debeat id, quod fatetur se debere? Et respondet Iurisconsultus in hæc verba: *Quæro, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit: scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet. Respondi ex epistola, de qua quæritur obligationem quidem nullam natam videri: sed probationem depositarum rerum impleri posse.*

Ex quibus verbis deciditur, epistolam probare contra scribentem, quatenus scripsit se habere res depositas. Sed quæritur tandem, an probet in fauorem ipsius scribentis, quatenus scripsit, sibi quoque deberi decem & alia. Respondet Iurisconsultus in hunc modum: C *An autem is quoque, qui deberi sibi decem in eadem epistola cauit probare possit hoc, quod scripsit iudicem æstimaturum.*

Quibus verbis apparet; arbitrio iudicis commissum esse, vt ipse æstimet; an per epistolam probare possit scribens, sibi deberi decem. Respondet Bologn. in l. 1. num. 23. C. de eden. epistolam differre a libro. Nam epistola est vnum corpus continens plura capita: sed liber rationum, continens plures partitas, videtur continere orationem indiuisibilem, & partitæ videntur connexæ. Sed nihil est, vt dicebat Menoc vbi inf. num. 16: quia idem est in libro, quod in epistola: siquidem & liber, & epistola continere possunt varia capita inter se diuersa, & distincta; vt propterea ex vno ad aliud inferri non possit.

Itaque concludo, huic sententiæ omnino acquiescendum esse propter Iurisconsulti authoritatem, ita decidentis, in epistola: cum nulla diuersitatis ratio adferri D possit inter librum & epistolam.

CAPVT XXXIV.

An liber priuatus probet pro tertio contra tertium?

NOn puto, librum priuatum probare pro tertio contra tertium plenè, nec semiplenè: quia acta inter alios alijs neque nocent, neq; prosunt, tot. tit. Res inter alios acta. Et, quia plus non debet credi scripturæ, quam viuæ voci, §. si vero tale quid, in auth. de instrum. caut. & fide. Sed uiuæ uoci testis non creditur absq; iuramento, l. iurisiurandi, C. de testib. ergo nec scripturæ credendum est.

Nec ratio differentiæ, quam aliqui comminiscuntur inter scripturam, & uocem uiuam, satisfacere potest: quia, scilicet, testis deponit ut priuatus. At, liber uidetur esse approbatus, ac quodammodo publicus.

Quia

Quia fateor, si liber esset publicè approbatos per sententiam (vt Florentiæ fieri solet) tunc maiorem fidem habiturum. Minùs mouet, quod dicunt de periculo falsitatis: quia idem est periculum falsitatis: tam in libro, quàm in depositione testis. Illud non displicet, quod dicunt: mercatores à principio exercitij sui iurare solitos de fideliter exercendo, ac proinde librum hunc æquiualere testi iurato, qui regulariter facit fidem semiplenam.

Extra hunc casum magis est, vt putem, huiusmodi librum nec plenam, neque semiplenam fidem mereri: licet negari non possit, quia aliquam probationem inducat atque ita subscribo Imolæ in l. nuda ratio. de dona. Fel. in c. 2. num. 33. de fid. instr. Menoch. de arbi. cas. 91. in fin. & cons. 23. num. 15. & alijs, quos adducit Mascar. de prob. vol. 2. concl. 977. num. 7. quibus adde Rotam decil. 375. in 1. par. in nouiss.

Contrariam opinionem, videlicet: saltem semiplenè probare, amplexi sunt Cast. in l. admonendi, col. pen. de iureiur. & ibi Ias. nu 133. & Rip. num. 130. Mascar. vbi supra, num. 6. Moti ex doctrina Bartoli, in l. quædã, §. nummularios, de edendo.

Sed responderi potest: doctrinam Bartoli veram esse in argentarijs, & nummularijs, & similibus, quorum officium quodammodo publicam caussam habet; secus autem in alijs priuatis hominibus. Quia tunc obstat ratio: non esse credendum magis scripturæ, quam viuæ voci, viuæ autem voci non creditur absque iuramento; nisi ponas agi de mercatore, vel alio negociatore, qui ab initio iuramentum præstiterit de recte & fideliter exercenda negociatione, vbi supra dixi.

CAPVT XXXV.

An epistola negata & non recognita per comparationem litterarum plenam fidem faciat?

Non puto, epistolam probare plenè; sed tantùm semiplenè; licet ei comparatio litterarũ suffragetur, parte illud negante; quia comparatio litterarum fallax est, vt inquit textus in §. oporter, in auth. de instr. caut. & fide, ideoque tantum semiplenè probat, vt ibi dicitur.

Non obstat, quod olim plenè probarit, l. comparationes, C. de fide instr. quia posteriores leges derogant prioribus, l. vltim. de constitu. Princip. Nec obstat, quòd correctio facta sit in chirographis, & apochis; non autem in epistolis: quia ratio expressa in lege corrigente; quia scilicet, comparatio litterarum est fallax, locum habet etiam in epistola. Vbi verò ratio legis corrigentis expressa locum habet, fit extensio, Ias. in auth. quas actiones. num. 22. C. de sacros. Eccl. Rip. in l. si cõstante, num. 6; solut. matr.

Neq; valet illa nonnullorum consideratio: imputãdum esse ei, qui cautionem habet ex chirographo, cur testes non adhibuerit. Quæ ratio cessat in epistola: quoniam is, qui produxit epistolam, non potuit sibi de testibus prospicere; cum epistola scriberetur. Nam, (vt bene aduertit Iason.) vera ratio, propter quam comparatio fidem plenam non facit, desumitur ex eo; quòd sit res valde fallax, & periculosa, vt in d. §. oporter, non autem ex negligentia testes adhibendi. Hanc sententiã amplexi sunt Iaso. in d. l. admonendi, num. 139. Couar. pract. quæst. c. 22. num. 7. & alij apud Mascard. de prob. vol. 1. concl. 616. num. 3. & 4.

Contrariam sententiam Bartolus secutus est existimans; plene probare, in d. l. admonendi, num. 30. & ibi Alexand. num. 35. Decius in c. 2. num. 16. de fide instr. & ibidem Feli. num. 17. & Mascard. vbi inf. alios adducens. Quorum fundamentum iam subla-

A tum est. In hoc enim est positum, quod lex antiqua induceret plenam fidem ex comparatione, nec illa sit correcta in epistolis. Sed (vt dixi) ratio correctionis expressa in lege, militat etiam in epistola: & vbi ratio expressa in lege corrigente militat, sit extensio, vt supra deduci.

CAPVT XXXVI.

An instrumentum confectum inter duos probet contra tertium?

Regula omnibus nota est: *Res inter alios actas alijs non nocere.* Veruntamen aliquam præsumptionem facere, indicat textus in l. si duo, ff. de iureiu. Sed non mihi probatur eorum sententia, qui voluerunt inducere semiplenam probationem contra tertium, id quod in instrumento continetur inter alios celebrato, B sicuti docent Bar. in l. admonendi, de iureiurand. & ibidem Iason num. 157. & seq. ubi communem dicit opinionem Ripa ibid. num. 155. Mascar. de proba. lib. 1. concl. 347. num 24.

Moti sunt ex l. capite quinto, & ibi gloss. de adulterijs, & ex text. l. Quæro. §. vlt. de ædil. edicto & ex c. vlt. de success. ab intest. In quibus textibus hæc conclusio non probatur, sed hoc tantum probatur, si alia concurrant inditia confessionem istam, inter alios factam probare, contra confitentem, & in d. cap. vlt. confessio fuit facta, præsente Abbate. Et sic non est confessio prorsus inter alios.

Contrariam igitur sententiam magis probo, quam secuti sunt Salyc. in l. in bonæ fidei, & vbi etiam Bald. C. de reb. cred. & alij, quos adducit Mascard. ubi supra, num 25. Istis enim suffragatur regula supradicta, *Res inter alios acta, &c.* & textus secundum vulgatam in- C terpretationem in l. certum, §. si quis absenti, de confess. & in l. vlt. de interrog. actio.

CAPVT XXXVII.

An confessio facta absente parte; probet de iure Canonico.

Confessionem factam absente parte, plenam fidem facere, iure Canonico inspecto, & eius æquitate, considerata, communis est Doctorum sententia, Butr. in c. si cautio. de fid. instr. & ibi. Feli. num. 27. & plurimi alij, vt per Mascar. de probat. vol. 1. concl. 347. num. 57. & seq.

Istis ego non assentior. Nam fundamentum eorum est, primo in c. quoties, 1. q. 7. vbi probatur; stipulationem alteri factam valere de iure Canonico. Secundo: quia iure Canonico pactum nudum parit actionem, c. D 1. & c. qualiter, de pactis: Tertiò: quia inter simplicem loquelam, & iuratam Deus non facit differentiam, c. iuramenti, 22. quæst. 5.

Vt incipiam ab hoc vltimo, nihil ad rem facit; cum hic non agatur de iuramento ad differentiam simplicis loquelæ; nec verum est, quod simplex loquela secundum ius canonicum tantam vim obtineat, quantam obtinet iuramentum, vt patet ex c. cum contingat, de iureiur. Licet quis teneatur verum dicere, siue iuret, siue non iuret. Et sic quantum ad hoc, non est differentia. Grauius tamen peccare eum, qui falsum iurat, vel non seruat iuramentum, certum est & indubitatum.

Quod verò dictum est; pactum nudum actionem producere ex iure Canonico, alias à nobis confutatum est. Et nouissimè ex fontibus ipsis epistolarum D. Gregorij confutat & refellit veram adferens interpretationem d. c. 1. & d. c. qualiter, Menoch. l. 3. præs. 134. num. 57.

Porrò ad illud de stipulatione alteri facta respondeo; non esse verum, quod assumitur, (vt aliàs

demonstraui) quòd stipulatio alteri facta valeat de iure A Canonico: nam si valeret, non erat opus in promissione vsurariorum de vsuris restituendis, vt stipulatio adhiberetur illis cautelis, quæ habentur in c. quanquam de vsuris, lib. 6.

Magis igitur assentior contrariæ sententiæ, quam secuti sunt Abbas, & Imola in d. c. si cautio. Natta consil. 101. num. 14. & alij apud Mascard. loco annot. Huic sententiæ suffragantur regulæ iuris ciuilis, quod confessio, absente parte, non probat, l. certum, §. si quis absente, de confessis, a quibus non est discedendum, cum iure Canonico non sint correctæ, c. 1. & 2. de oper. nou. nunc. Suffragatur & textus in c. vlt. de success. ab intesta. vbi patet, confessionem istam non plene probare, nisi alia concurrant.

CAPVT XXXVIII.

An instrumentum probet, si non reperiatur Originale? B

Instrumentum publicum à Notario conscriptum, atque in publicam formam redactum probat, & fidem facit, dicturq; Originale, vt notat Bar. in l. Sempronius, de leg. 2. praeterquam in ciuitate Constantinopolitana, vt habetur in §. vltimo, in auth. de Trebellia. quod, cùm specialiter sit constitutum, arguit ius Commune esse in contrarium. Et reuera, iure Communi, valet huiusmodi instrumentum, vt est tex. & ibi gl. in l. vnâ, ff. de testam. atque ita communiter omnes docent, Bald. in rubr. C. de fid. instru. num. 20. Dec. in c. quoniam contra, num. 51. c. 4. probatio. Castr. consil. 145. cum vlt. lib. 2. Rom. consil. 174. Alex. consil. 75. num. 4. lib. 7. Qui limitationem adiungunt; nisi contractus fuerit in scriptis celebratus secundum formam quæ habetur in l. contractus, C. de fid. instr. moti ex illo textu, ibi: *Non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibus; partium confirmata: & si per Tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint, &c.* C

Ex quibus verbis inferunt necessariam esse scripturã, Matricem siue Protocollum ipsius Notarij: nisi probaretur, casu deperditum fuisse Originale, siue Protocollum, tunc enim huiusmodi exemplum publicatum fidẽ faceret, l. Publicati, C. de testam.

Quod attinet ad textum in d. l. contractus & ad verba superius ponderata, respondet Paulus Castr. ibi num. 14. illa verba non probare id quod Bal. l. assumit probandu; quoniam sufficit, scripturam esse confectam, & perfectã ita, vt partes nihil addere, vel minuere velint. Hoc autem probatur per Exemplum in authenticam formam redactum à Notario, qui instrumentum scripsit. Itaque si res incipit à Matrice ipsa & Imbreuiatura (quod Protocollum etiam appellatur) non sufficit: quia nondum est in mundum redacta scriptura. Sed, si res incipiat ab vltima scriptura in mundum redacta, satis dicitur contractus in scriptis celebratus: & propterea valet, & tenet, licet Matrix non reperiatur. Ratio est, quia Exemplum huiusmodi authenticum obtinet vim Originalis & Matricis, d. l. vnum, & ibi glos. notat. ff. de testam. D

Nec textus in d. l. publicati, requirens casu deperditũ esse Originale, negat huiusmodi Exemplum in authentica forma fidem facere; licet non probaretur, casu deperditum esse Originale. Quamobrem magis est, vt putem: siue contractus celebratus sit in scriptis, siue non: Exemplum, quod in manibus habemus, fidem facere, sicuti Castrensis putat loco proxime citato, & refert, & sequitur Couar. pract. quæst. cap. 19. num. 5.

CAPVT XXXIX.

De Interesse lucri cessantis quid sit probandum ab eo, qui illud petit?

Vtrum interesse lucri cessantis debeatur, necne, mercatori solito negotiari, disputatum est supra hoc lib. cap. 15. sed admissa communi opinione, quod debeatur; alia oritur controuersia, quid debeat probari. Nam multi existimant; probandum esse, mercatores similis conditionis solitos esse tantum lucrari, Cagn. in l. Curabit, num. 68. C. de act. emp. & in l. vnica, nom. 43. C. de sent. quæ pro eo quod interest, profer. & multi alij, quos refert, & sequitur Lupus Gemma. ad d. l. curabit, num. 117. vers. alij vero.

Quorum fundamentum est: quia valet argumentum à communiter accidentibus, vt notant gloss. & Bart. & cæteri in l. non hoc, C. vnde legit. & in l. neq; natales, C. de probatio. si ergo probatum sit: mercatores huiusmodi, solitos esse communiter lucrari tantũ; videtur dicendum satis probatum esse id, quod agitur in quæstione nostra.

Hoc argumentum à communiter accidentibus, in casu proposito, non valet in præiudicium tertij, vt probatur in l. quemadmodum, §. si nauis, ff. ad l. Aquil. vbi, si agitur damni iniuria, ob retia fracta piscatoribus solitis piscari, & capere pisces: fit æstimatio retium; non autem piscium, qui capti non fuerunt. Non probatur paratos fuisse pisces qui caperentur. Hoc confirmari potest ex l. naturalem, §. 1. de acquir. rer. dom. & ex §. illud quæsitum, instit. de rer. diuis. Ex quibus patet; incertitudinem huiusmodi acquirendi impedire dominij acquisitionem, maximè in præiudicium alterius. Itaque argumentum illud à communiter accidentibus sufficeret, ad probandum etiam, istum mercatorem solitum esse lucrari; quandoquidem cæteri eiusdem conditionis soliti sint lucrari: sed non sufficit, ad probandum, quod si pecuniam habuisset sibi debitam, ex ea fuisset lucratus; nisi etiam fuerit probatum merces in promptu fuisse, quas emere potuisset, & uendere cum lucro.

Altera igitur, & communis & uerior sententia est: tria requiri ad consequendum huiusmodi Interesse lucri cessantis: uidelicet, moram debitoris, consuetudinem lucrandi, & merces in promptu fuisse. Ita Paul. Castr. in l. 3. §. ult. ff. de eo, quod certo loco, Affl. dec. 20. & multi alij, quos refert, & sequitur Hippol. Rim. in consil. 52. num. 40. lib. 2. Hanc conclusionem amplector uelut ueram, æquam, & dignam Rota Romana, quæ sæpe illam est secuta, ut testatur Mohedanus, dec. 3. tit. de usuris, alias decis. 208. secundum aliam impressionem. Cuius decisionis & conclusionis ratio iam superius exposita est.

CAPVT XL.

Vbi res debita est perempta post moram debitoris, quæ sit praxis seruanda?

Dissentire uidentur maiores nostri in puncto, de quo agitur: nam rem peremptam post debere, & reum condemnandum esse ad æstimationem docet Bartol. in l. quod te, numero 15. ff. si cert. petat. & in l. stipulationes non diuiduntur, in sexta quæstio. de uerb. obligatio. & Afflict. decisio 347.

Cagnolus in d. l. quod te, numero 14. putat & rem

rem peti posse, & in eam condemnationem esse fiendam. Fundamentum est huius posterioris sententiæ in l. si seruum §. vlt. de verb. oblig. vbi patet, rem peti posse: licet peremptam propter moram debitoris. Ergo sententia debet continere condemnationem ipsius rei, vt sit conformis libello, l. vt fundus, ff. commun. diuid. c. licet Heli de simonia.

Aduertendum est, rem quidem peti posse in hoc sensu: quòd debitor non est liberatus; quia mora perpetuat obligationem; non autem peti potest in eum finem, vt reus condemnetur per sententiam, ad rem ipsam tradendam: Nam, cùm non extet in rerum natura: impossibile esset, parere huiusmodi sententiæ: ideo non valeret, l. vlt. ff. quæ sent. sine appell. rescind.

Priorem igitur sententiam amplector, quæ præclarum habet fundamentum in l. 3. ff. de confess. vbi Paulus; *Confessum certum se debere legatum, omni modo damnandum: etiam si in verum natura non fuisset, etiamsi tam à natura recessisset; ita tamen, vt in æstimationem eius damnetur.*

CAPVT XLI.

Ad l. quod te. ff. si cert. pet. an debitor teneatur, si culpa desierit rem habere in potestate.

AIt Pomponius: *Sed cùm quæratur, an per te factũ sit: animaduerti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne: aut dolo malo feceris, quominus esset* l. quod te, ff. si cert. pet. Sed controuertitur: quid, si culpa quis fecerit, quominus esset, vel fuerit in sua potestate? Respondet Castrensis ibi, dolum requiri, nec sufficere culpam, & sequitur Ripa, num. 15. quia textus loquitur de dolo, non autem de culpa. His accedit textus in l. prætor, §. vlt. de edend. & in l. cum res, §. sed si alibi, de leg. 1.

Contrariam sententiam habuerunt Fulg. Ias. Alex. & alij ferè omnes, (vt inquit Cagnol. in d. l. quod te, num. 37.) Moti ex l. mulier, §. sed enim. ff. ad Treb. & ex l. si constante, §. si vxor. ff. sol. matr. Et, quia textus in d. l. quod te ait: in mora esse eum, qui scire debebat se teneri. Decius num. 12. in d. l. quod te, distinguere videtur, an culpa sit ordinata ad casum vel non: vt primo casu teneatur, altero verò non. Bolog. num. 24. & seq. longa vtitur distinctione, amplectente omnes actiones, tàm personales, quàm reales, quæ non erat necessaria. Alij aliter.

Omitto responsiones hinc inde allatas ad argumenta: omnemque difficultatem versari puto in assequenda mente Iurisconsulti in d. l. quod te. Nam quæritur ibi: si perierit res debita post moram debitoris, an id cedat detrimento debitoris, vel creditoris? Respondet Iurisconsultus, cedere in detrimentum debitoris. Et hæc est prima pars legis, quæ continetur his verbis: *Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares: tuum fore id detrimentum, constat.*

Deinde quæritur: quando dicatur per debitorem factum, quominus daret? Respondet Iurisconsult. duos esse casus, qui considerari possunt ad cognoscendum, an per debitorem factum sit, quominus daret. Primus est, quando rem debitam in potestate sua habebat. Ratio est euidentissima, quia tunc rem dare potuit creditori suo. Cum igitur non dederit, non potest excusari: & sic in mora est; merito igitur tenetur, licet res perierit. Hic casus continetur illis verbis: *Sed cum quæritur, an per te factum sit; animaduerti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne, &c.* Secundus casus est, quando debitor non habuit in potestate rem debitam: & ideo eam

A dare non potuit creditori suo. Veruntamen dolo fecit; quominus eam haberet in potestate, & hoc in casu respondet Iurisconsultus, eum teneri, nec excusari posse in illis verbis: *Aut dolo malo feceris, quominus esset, vel fuerit, necne, &c.* Ratio est: quia ipse fuit in caussa, vt rem non haberet in potestate.

Postea quærit Iurisconsultus, an requiratur in debitore scientia; se videlicet debitorem esse? Nam, si nesciret debitorem se esse, non esset in mora soluendi? aut certè, dignus esset excusatione. Respondet: hoc tantummodo requiri, vt debitor, vel sciat, vel scire debeat se teneri: quia scilicet, iusta subsit caussa, ob quam intelligere deberet se teneri, his uerbis: *Sed etiam, si aliqua iusta caussa sit, propter quam intelligere debeas, te dare oportere.*

His ita præmissis, redeundo ad quæstionem nostram, hoc uenit in controuersiam. Debitor scit, vel scire de-
B bet se teneri, res debita perijt, excusat se dicens: se non dedisse, quia rem non habuit in potestate. Replicat creditor: culpa sua factum esse, ut non haberet in potestate. Dico, non excusari, quominus dicatur esse in mora, & consequenter, teneatur de interitu reis. Quia culpa debitoris non debet nocere creditori, & prodesse ipsi debitori: quia culpa non excusat: sed accusat. Non hic requiritur dolus, uel culpa dolo proxima; nam textus dicit, teneri de interitu debitorem, qui iustam caussam habebat intelligendi se dare oportere; cum tamen fieri possit, ut absque dolo ex sola culpa, & negligentia nesciat se teneri, iste non excusatur; quia est in culpa. Ergo nec ille noster, qui culpa desijt rem in potestate habere.

Scio regulam generalem. *Qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur.* In qua fundatur id, quod ait Iurisconsult. *Aut dolo malo feceris quominus esset.* Sed sciunt etiam omnes, nõ propterea culpam excludit: nam & qui
C culpa sua desijt rem possidere etiam absque dolo, & fraude, pro possessore habetur, ut teneatur ad litis æstimationem, l. si culpa, de rei uendic.

CAPVT XLII.

De mutatione monetæ additio ad alias scripta per eundem auctorem.

MVlta dixi de mutatione monetæ, cùm extrinseca, tùm intrinseca, lib. 2. cap. 9. & 10. in istis addi possunt pro confirmatione sententiæ nostræ, quæ scripsit Surdus latè in consil. 135. lib. 3. & multa per Borgn. decis. 36. num. 40. 41. 42. & seqq. part. 2. Et de obligato ad soluendum certo aureos in auro, si non reperiantur aurei in auro; quòd sit spectandus valor
D aurei, qui erat tempore contractus. Vide Puteum decis. 149. part. 2. nisi mora interueniat debitoris, uel aurei in auro, non sint in obligatione: sed in facultate soluendi, vt late per Borgn. ubi supra, adde etiam Boss. in tit. de monetis & tractatus recentiores de monetis.

CAPVT XLIII.

De duplici mandato, facto in eadem persona, an vnum per alterum reuocetur?

TRactant Dd. in l. singularia, ff. si cert. pet. illud notabile: *Quod statutum est in duobus personis locum habet etiã in eadem persona*, ubi est eadem ratio, l. 3. ff. de duobus reis. Ergo sicut per secundum mandatum reuocatur primum in personis diuerso-

 rum

rum, l. si quis cum procuratorio, §. vlt. de procur. ita etiam in vna, & eadem persona, si duplex mandatum concurrat, primum censetur reuocatum per secundum, Bald. & Castr. in d. §. vlt. & Ias. in d. l. singularia, ff. si cert. pet.

Hoc autem intelligitur secundum Angelum & Castrens. in d. §. vlt. quando secundum mandatum continet aliquid diuersum à primo; nam, si eiusdem formæ sit tam primum, quam secundum, vtrumque firmum manet.

Hæc sententia placuisse videtur etiam Cagnolo, in d. l. singularia, num. 44. & Bolog. num. 50. qui nonnullis rationibus id confirmare nituntur. Verùm Decius in 5. notab. repugnat dicens: secundum mandatum videri superfluum; sicuti superflua est secunda stipulatio, in l. qui hoc idem, de verb. oblig. & secunda venditio eiusdem rei, vt notat Bart. in l. Iurisgentium, §. adeo, ff. de pact.

Sed (vt breuiter me expediam,) existimo, priorem sententiam verissimam esse, maximè, considerato iure nouissimo, in l. vlt. C. de nouatio. vbi non inducitur nouatio, nisi expressè dicatur. Ergo primum mandatum non intelligitur esse sublatum per secundum. Nec videtur esse superfluum cum fieri possit, vt procurator aliquid fecerit vigore primi mandati antequam alterum reciperet; vel, postquam recepit. Et sic poterit vti, vel primo, vel secūdo. Alia ratio est in stipulationibus, & in venditionibus. Nam stipulationes inuentæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat id, quod sua interest. Ideo secunda stipulatio super eodem est superflua, vt notat Ias. in d. l. qui bis idem num. 11. Similiter emptiones, & venditiones comparatæ sunt, vt rerum dominia acquirantur. Quod autem semel nostrum factum est, iterum fieri non potest.

CAPVT XLIV.

Ad l. singularia, ff. si cert. pet.

Singularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam. Nam, si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis.

Transfertur ergo dominium sine traditione, & hoc est singulariter in mutuata pecunia constitutum. At contrà; idem videtur esse in alijs rebus, l. si procuratorem, de solut. l. 1. §. si iusserim, de acq. poss.

Respondebat olim Irnerius: in alijs rebus necessarium esse, vt res sit præsens; in mutuo autem pecuniæ numeratæ sufficere, dummodo pecunia sit solutioni parata, sequuntur ibi Salic. & Dec. num. decimoquinto, in fine.

Primò: quia textus paulò infrà loquitur de nummis, quorum appellatione venit pecunia numerata, l. nummis, ff. de in lit. iuran.

Secundò: quia mutuum frequentius est in pecunia, quam in alijs rebus. l. certi condictio, §. quoniam, & §. si nummos, ff. si cert. pet. frequentia autem ista causa videtur aliquid specialiter inducendi, l. iusto, ff. de vsucap.

Tertiò: quia nummi sunt inuariabiles secundum bonitatem intrinsecam, l. ideo, ff. de eo, quod certo loco.

Hanc sententiam refellit textus in l. negocia, ff. mand. & in l. eius rei, cum seq. & ibi gl. de rei vind. & in l. licet, §. 1. de iure dot. & in l. 35. vlt. ff. de donatio. inter vir. & vxor. in quibus textib. probatur, idem esse in alijs rebus, & probatur etiam non requiri præsentiam ipsarum rerum.

Alij antiqui glossatores dixerunt; textum in d. l. singularia, locum habere in omni re mutuata: sed requiri præsentiam rei: consistere autem in hoc specialitatem, quoniam dominium transfertur absque traditione, contra reg. l. traditionibus, C. de pact. Reijcit hunc intellectum Bart. quia non requiritur præsentia rei, vt patet in legibus supra relatis: immò verò, vbi res est in conspectu posita, dicitur esse vera traditio, l. 1. §. si iusserim. l. quod meo, §. si venditorem, ff. de acquir. poss. Azo dixit: textum hunc locum habere in omni re mutuata, si modo sit solutioni parata. Quod quidem confutatur eisdem rationibus, quibus primus intellectus.

Vera igitur, & communis interpretatio est: textum hunc hoc specialiter in mutuo continere, vt transferatur dominium absque traditione contra eius naturam: quia mutuum dicitur, quod de meo fiat tuum, & §. appellata, ff. si cert. pet. in alijs aūt contractibus potest idem contingere; verùm id non repugnat eorum regulis, & naturæ. Intelligendum itaque est hoc de vero naturali mutuo, non autem de ciuili: ad euitandam Iasonis obiectionem.

Quod autem Decius obijcit de dote & donatione, ex l. licet, §. 1. de iure dot. & l. 3. §. vlt. de dona. inter. vir. & vxor. quibus in locis probatur: etiam in dote, & donatione id constitutum esse, quod in mutuo: licet dotis, & donationis ea sit natura, vt transferant dominium, l. 2. & 3. ff. de publi. id (inquam) nihil mouet: quia dos consistere potest in nuda promissione, tot. tit. C. de dot. promiss. et etiam in re aliena, l. Proculus, de iure dot. tot. tit. ff. pro dote. Donatio verò celebrari potest absque traditione, stipulatione interueniente, vel nudo pacto, l. si quis argentum, §. pen. C. de donat.

Hæc igitur sententia magis placet & placet etiam id non tantum in pecunia numerata procedere, sed etiam in alijs rebus, cum sit eadem ratio, vt declarat Bologn. in d. l. singularia, num. 51.

CAPVT XLV.

An tutor possit sibi ipsi mutuari pecuniam pupilli.

NOn puto: tutorem posse sibi mutuare pecuniam pupilli, nisi hoc faciat palam, & bona fide, sicut nec alios contractus facere potest cum pupillo, l. nō existimo, ff. de adm. tut. l. cum ipse, C. de contr. empt. l. si in emptione, §. vlt. ff. eod. Maximè cùm pecuniam pupillarem teneatur ad honesta lucra collocare, ad succurrēdum necessarijs sumptibus pupilli; &, si quid superest, recondere, §. quoniam, in auth. vt hi, qui obligatas se habere perhibent.

Palam autem, & bona fide tutor dicitur contrahere cum pupillo, cùm id facit auctoritate contutoris sui, vt in d. l. non existimo: Vel, quando id facit cum decreto iudicis: vel, cum præsentia amicorum, & consanguineorum pupilli. Bart. in l. frater a fratre, num. 50. de cond. indeb. Alex. in l. transactionem, C. de transact.

Proinde subscribo sententiæ Iasonis in l. singularia, si cert. pet. num. 17. Decij, num. 8. Cagn. num. 80. & 84. tutorem non posse sibi mutuare pecuniam pupillarem: nisi hoc faciat palam, & bona fide.

Contrariam sententiam habuerunt gl. in d. l. singularia, & ibi Bart. in §. speciali, Alc. in ver. pecuniam, & Bologn. num. 55. Moti ex l. quoties, §. non tantum de adm. tut. Iul. *Non tantum autem sibi soluere tutor; verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest seque mutua pecunia poterit obligare, sibi mutuatam scribendo.* Respondet Decius, textum loqui de tutore se obligante per scripturam in fauorem pupilli. Et hoc facere potest: quia acquiritur pupillo obligatio. Non autem dicitur: tutorem posse mutuo accipere pecuniam pupilli. Non placet Bologneto: quia textus dicit: *Seque mutua pecunia poterit obligare, sibi mutuatam scribendo.*

Ego

Ego puto: textum illum loqui de pecunia, mutuata A tutori à patre ipsius pupilli. Nam Iurisconsultus supra in §. præcedenti dicit: *Sicut autem soluere tutor quod debet: ita exigere à pupillo, quod sibi debetur, potest, si creditor fuit patris pupilli.* Ideo verisimile est, textum in §. non tantum, qui immediate sequitur, continuando eundem sermonem loqui in eisdem terminis: videlicet, quando tutor mutuo pecuniam acceperat à patre pupilli. Et sensum hunc esse: tutorem posse se mutua pecunia obligare, sibi mutuatam scribendo, idest, mutuatam à patre pupilli: quia textus dicit, tutorem soluere sibi ipsi posse. Quod est intelligendum, quando erat creditor patris pupilli, vt superius dictum est in §. sicut.

Porrò nihil mouet, quod Alciat. & Bolognet. dicunt: tutorem posse alienare ea, quæ seruando seruari non possunt, & pecuniam administrare, l. lex quæ tutores, §. vlt. C. de adm. tut. Nam, quod ad pecuniæ administrationem attinet: legem habemus, qua tutor iubetur, pecuniam sic administrare, vt pro necessarijs sumptibus pupil B li honestè aliquid lucretur: & si quid superest, recondat, d. §. quoniam; in auth. vt sui, hi obligatas.

CAPVT XLVI.

An tutor possit sibi soluere pecuniam, quam patri pupilli mutuauit?

COntrouertitur etiam: an tutor possit sibi soluere pecuniam, quam patri ipsius pupilli mutuauit: nam Dec. in l. singularia, nu. 15. negat, hoc licere tutori, nisi palam, & bona fide cum auctoritate sui contutoris id faciat. Motus: quia nemo potest esse auctor in re propria, l. 1. l. 5. de auctor. tut. l. pupillus, §. idem tutor, eod. tit. & l. 1. § fuit quæsitum, ad S.C. Trebell. Respondet Cagnolus ibi, nu. 26. pecuniam esse de rebus, quę seruando seruari non possunt, vt notat Bart. in l. interdum, nu. 2. de condict. indeb. Alex. in l. 1. §. quæsitum, nu. 4. ff. ad C S.C. Treb. & ideo posse alienari sine decreto iudicis l. lex quæ in fin. C. de admin. tut.

Altera opinio est huic contraria; scilicet, tutorem posse sibi soluere pecuniam mutuatam. Ita docet gl. in d. l. singularia, quam Bart. ibi in §. speciali extendit etiam ad cæteros contractus: vt, scilicet, tutor possit sibi soluere pecuniam debitam à patre pupilli, siue fuerit debita ex contractu mutui; siue ex alio contractu. Et hęc est communis sententia, teste Cagnolo ibidem, numero 71. & 76.

Hanc sententiam verissimam esse puto. Motus ex l. quoties, § sicut, §. de administ. tut. vbi apertè hoc deciditur, nec vlla fit mentio in textu, quod necessaria sit auctoritas alterius. Idem probatur in l. fistulas, §. 1. de contrah. empt.

Moueor, & ratione: quia nulla hic esse potest suscipio alicuius fraudis; quia debitum iam cum patre pupilli D contractum est, l. 1. C. quan. decret. op. non est, l. magis puto, §. si pupillus, de rebus eorum. Et ideo aliter respondendum puto: si tutor non contraxisset cum patre pupilli, tunc enim nego, posse sibi soluere: quia potest esse suspicio alicuius fraudis, vt habetur in §. 1. in auth. vt hi qui oblig. se hab. perhib. Conclusio autem ista debet intelligi in terminis, in quibus aliquis potest esse tutor, licet sit creditor pupilli: id enim regulariter prohibitum esse, constat in auth. vt hi qui oblig. se hab. perhib. Et tutori tantum testamentario id permissum est, vt notant glo. Bartol. & alij in auth. minoris, C. qui tutor. dar. poss.

CAPVT XLVII.

Vbi stipulatio sequitur post numerationem pecuniæ, an oriatur actio ex stipulatione, vel ex numeratione?

COnstat inter omnes, quoties post numerationem incontinenti numeratio sequitur; actionem oriri ex stipulatione: non autem ex numeratione, l. si ita stipulatus, 126. §. Chrysognnus, de verb. oblig. l. cum enim, ff. de nouatio. l. certi condictio, §. quoniam, ff. si cet. pet. Et hæc sententia est communiter recepta, vt testatur Cagnol. in l. singularia. nu. 103. ff. si cert. pet. Sed controuersum est, an istud sit specialiter constitutum in numeratione facta ex causa mutui; an verò locum habeat etiam in alijs contractibus? Etenim locum habere in omnibus contractibus, & non esse speciale in mutuo, tradunt Bartol. Alex. Ias. Dec Bolog. Curt. iun. & alij magis communiter in d. l. singularia.

Fundamentum est: quia numeratio videtur facta caussa implendę stipulationis, vt inquit text. in d. l. cum enim, ff. de nouatio. Quæ ratio locum habet tam in numeratione, facta ex caussa mutui, quàm ex caussa alterius contractus. Huc accedit tex. in l. quoties, ff. sol. matr. & in l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor. act. in quibus probatur: idem esse constitutum in numeratione facta ex causa dotis.

Contrariam sententiam secuti sunt Castr. in l. certi condictio, §. quoniam, nu. 15. ff. si cert. pet. & Aret. in d. l. singularia, nu. 12 & ibid. Soc. sen. nu. 8.

Quorum fundamentum est: quia nostra interest, habere actionem potius ex contractu bonæ fidei; quàm ex stipulatione, quæ est stricti iuris: quia plura consequimur per actionem bonę fidei, quam per actionem stricti iuris, l. damo, §. 1. de actio. empt. Ergo, si numeratio fiat ex contractu bonæ fidei; (licet post eam sequatur incontinenti stipulatio) nostra interest, actionem habere potius ex tali contractu, quàm ex stipulatione. Respondet Alexand. in d. l. singularia, numero nono si valeret hæc ratio, idem esset dicendum in numeratione, facta ex caussa mutui: quia nostra interest, habere plures actiones, l. si actor, ff. de iureiur. l. cum pater, §. varijs, de legat. 2.

Non placet hæc responsio. Primò: quia allegare inconueniens, non est soluere, l. is qui reus, ff. de public. iudic. Secundò: quia tunc nostra interest, haberes plures actiones, quando vna est pinguior altera; alias secus, l. qui bis idem, de verb. oblig. Sed actio ex mutuo est stricti iuris, quemadmodum actio ex stipulatu; ergo nostra non interest; habere actionem tàm ex mutuo, quàm ex stipulatu, cum eiusdem sint naturæ; nec vna est pinguior altera. Neque dici potest: ideo nostra interesse hoc in casu: quia, si quis fuerit victus in vna; poterit aliam actionem intentare, l. si actor, ff. de iureiur. Quoniam id locum habet, vbi ex diuersa caussa plures competunt actiones: nam, si ex eadem caussa competant plures actiones; vna electa, & intentata non datur regressus ad alteram, l. quod in hærede, §. eligere, ff. de tribus, & notat gl. & Castr. in d. l. si actor.

Manet igitur hoc fundamentum satis firmum: nec tollitur ex responsione supra dicta Alexandri. Minus tollitur altera responsione Iasonis in d. l. singularia, quatenus dicit: stipulationem sequi naturam contractus, super quo interponitur, l. si stipulatus, ff. de vsur. l. 1. §. bellissimè, ff. vt legat. nom. cau. & notant Dd. in rub. de verb. obl. & ideo non interesse, an agatur ex contractu bonæ fidei; vel ex stipulatu: cum actio ex stipulatu imitetur naturam actionis, orientis ex contractu bonæ fidei. Nam respondet Cagnol. in d. l. singula.

ſingularia, num. 106. ſtipulationem adhiberi fauore ſtipulatoris; ideò non tollere actionem ex contractu deſcendentem: id enim eſſet in præiudicium ſtipulatoris; cum illius interſit plures habere actiones: & ſic agere iam ex ſtipulatu, quàm ex contractu bonæ fidei.

Minùs etiam corruit hoc fundamentum ex tertia reſponſione, quam attulit Cagn. vbi ſup. dum ait: numerationem intelligi factam cauſſa implendi ſtipulationem, l. cùm enim, ff. de nouatio. Conſequenter, hanc fuiſſe partium intentionem, ut actio oriretur ex ſtipulatione; non autem ex numeratione: quæ quidem intentio contrahentium attendi debet, l. non omnis, ff. ſi cert. pet. Nam hæc reſponſio non ſatisfacit; quia, ubi contractus bonæ fidei celebratus eſt inter partes, & poſt eum incontinenti ſequitur ſtipulatio; hæc uidetur fuiſſe intentio contrahentium, ut ſtipulatio ſubſequeretur pro maiori robore, & firmitate contractus. Ad hoc enim, inuentam fuiſſe ſtipulationem conſtat; ſecùs in mutuo. Quia conſiſtebat in numeratione & ſtipulatione, numeratioq; inſeruiebat ſtipulationi: quia, niſi ſecuta fuiſſet numeratio, inanis fuiſſet ſtipulatio, & obligatio de reſtituendo.

Ex quibus apparet, inconcuſſum manere fundamentum iſtius contrariæ opinionis; quód, ſcilicet, non in omnibus contractibus, ſed tantum in mutuo locum habeat hæc concluſio; ut, ſi poſt numerationem ſequatur incontinenti ſtipulatio; agendum ſit ex ſtipulatione: non autem ex numeratione.

Omiſſa igitur opinione Fulgoſij diſtinguentis (quam refellit Bolog. in d. l. ſingularia, num. 67.) & Baldi, Nouelli & aliorum, ego amplector hanc poſteriorem ſententiam; quia textus allegati ad probandum, oriri actionē ex ſtipulatione incontinenti ſecuta poſt numerationem, loquuntur in mutuo, ut patet ex d. l. cum enim, & ex d. §. Chryſogonus & ex alijs, militatque in mutuo illa ratio, de qua ſupra diſputatum eſt, quæ non militat in contractibus bonæ fidei.

Et ex hoc tollitur primum argumentum prioris ſententiæ, quo dicebatur: numerationem fieri cauſſa implendæ ſtipulationis. Hoc verum eſt in mutuo: non autem in alijs contractibus, & præſertim bonæ fidei. Ad alterum argumentum ex d. l. quoties, ſolut. matr. rectè reſpondent Caſtr. Aretin. & Socin. illud procedere, quando fieret contra voluntatis numerantis dotem; ſi non ageretur ex ſtipulato.

CAPVT XLVIII.

De venditione eiuſdem rei bis facta.

COmmunis eſt, & uera Doctorum ſententia: ſecundam uenditionem factam de eadem re non valere, quando nihil continet diuerſum à prima; ſecus autem, ſi aliquid diuerſum contineat à prima, ut poſt Dd. in l. ſingularia, ff. cert. petat. reſpondit Nonius in conſil. 81. num. 8. Et fundamentum eſt; quoniam ſecunda uenditio eſt inutilis: quod enim ſemel meum factum eſt, amplius fieri non poteſt, § ſit itaque, inſtitu. de actio. c. inter dilectos, §. cæterum, de fide inſtru. vbi verò ſecunda venditio diuerſa eſt à prima, quod valeat, & attendi debeat, eſt tex. in l. ſi id quod, de reſcin. vend. & facit tex. in l. ſi quis ante, de acquir. poſſeſſ. Quam ſententiam & ipſe ſequor tanquam veram, & communem. Et fuit Bart. in d. l. Iurigentium, §. adeo, de pactis, & Caſtr. in l. qui bis idem, de verb. oblig. & communem eſſe teſtatur Bologn. in d. l. ſingularia, num. 70.

Contrariam ſententiam amplexus eſt, Cagnolus in d. l. ſingularia, num. 121. exiſtimans: ſecundam venditionem, & primam valere, licet inter primam & ſecundam nulla ſit diuerſitas. Motus; quia reiteratio actus non

A eſt prohibita, l. licet, §. ea obligatio, & ibi glo. de procur. c. Engeltrudam, 3. q. 4. ubi ſemel excommunicatus poteſt iterum excommunicari.

Similiter & collatio geminata beneficij ualet, & geminata legitimatio, & Doctoratus, & ſimilia, ut per totum, deciſ. 858. incip. Dominus Papa in antiquis.

Similiter & duplex mandatum valet, vt notat Bald. & Caſtr. in l. ſi quis cum, §. vlt. de procur.

Reſpondetur: bene loqui de reiteratione reſpiciente diuerſos effectus; alterum verò procedere, vel propter diuerſas cauſas, vt in excommunicatione, vel ad cautelā, vt per Deccium, in c. bonæ, de appel. vel, vbi primus actus non valet, vt per totum ubi ſupra.

Quod attinet ad duplex mandatum, id non obſtat: quia in eo non militat ratio, quæ in uenditione: quód, ſcilicet, dominus effectus ſemel non poſſit iterum fieri dominus eiuſdem rei, ut dixi ſupra hoc lib. c. 43. Non

B obſtat, ſi dicatur: ſecundam uenditionem non eſſe ſuperfluam propter præſcriptionem, quę tardiùs inchoaret. nam præſcriptionis rationem habendam non eſſe in propoſito probat Bart. in l. qui bis idem, de uerb. oblig. aduerſus text. in l. pater qui Caſtrenſe, §. ult. de Caſtr. pecul.

CAPVT XLIX.

An mutuum contrahi poſſit, vt vna res detur pro alia, vt puta frumentum pro vino?

PEcunia res omnes æſtimari certum eſt, l. quoties, C. de iure dot. l. cum fundum, ff. loca. l. ſi ita fideiuſſorem, ff. de fideiuſſ. l. pretij cauſa, C. de reſcin. uend. & docet Bart. in l. Aquiliana in fine, ff. de tranſactio. Et proinde mutuum contrahi poteſt; cum pro pecunia

C mutuanda datur ſpecies æſtimata, l. ſi pro mutua, C. ſi cert. pet. l. rogaſti, ff. eod. tit. atque ita rectè docet Iacob. de Arena in l. ſingularia, ff. ſi cert. petatur, & ibid. Soc. ſen. num. 12. Salic. num. 9. Alc. in 5. col. Cagn. nu. 121. Dum dicunt: id eſſe ſpecialiter conſtitutum in pecunia, & non in alijs rebus.

Contrariam ſententiam habuerunt Bart. Fulgoſ. & Alex. num. 19. Bologner. num 73. in d. l. ſingularia, Quoniam aliud pro alio ſolui poteſt, conſentiente creditore, l. 2. §. 1. ff. ſi cert. pet. l. à diuo Pio, §. ſi pignora, de re iudic. Et ſic nihil prohibet; quominùs mutuum ita poſſit contrahi, vt una res poſſit dari pro alia, ut puta frumentum pro uino. Niſi dixeris, hanc permutationem; non autem mutuum, l. 5. §. etſi quidem, de præſct. uerb. l. 1. ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de rerum permutat.

Ego tamen arbitror: mutuum quoque ineſſe poſſe hoc modo; Conueni tecum, ut pro frumento mutua-

D to, uel mutuando, uinum mihi reddas. Duo contractus eſſe uidentur: unus permutationis; quia pro frumeto datur uinum, & ſic una res pro alia datur: quo caſu dicitur eſſe contractus permutationis. Alter contractus eſt mutui: quia uinum breui manu videtur mihi datum; & tibi à me mutuatum, fictione quadam interueniente, ſecundum l. ſingularia, ff. ſi cert. petat.

CAPVT L.

Ad l. Rogaſti, ff. ſi cert. pet.

ROgaſti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cùm non haberem; lancem tibi dedi, uel maſſam auri, ut eam uenderes & nummis utereris. Si uendideris, puto pecuniam mutuam factam. Sunt uerba Iuriſconſulti in l. Rogaſti, ſi cert. petatur. Quæritur:

tur: qui d. si debitor lancem restituere vellet, scilicet, ea vendita, & forte recuperata? De hoc fuit controuersia inter Ludouicum Romanum & Nellum de S. Geminiano.

Romanus dicebat: debitorem liberari, speciem ipsam restituendo: quia debitor, respectu certæ speciei, liberatur soluendo ipsam speciem, l. si verò, §. vlt. ff. sol. matr. l. mulier, §. 1. de re iud. l. 2. §. mutui datio, in fine, ff. si cert. pet.

Contra Nellus, quem secutus est Iason in d. l. rogasti, Quoniam aliud pro alio inuito creditore reddi non potest, l. 2. §. 1. ff. si cert. pet. sed, hoc in casu, mutuum iam contractum est in pecunia. Ergo, pecunia restituenda esse videtur; non autem species. Atque ita rigor iuris postulatet.

Ego puto: ex æquitate audiendum esse debitorem; si velit speciem restituere. Motus ex l. si fundum per fideicommissum, de legat. 1. ibi, *Placet non fundum; sed pretium eius restitui debere*. Sic postulabat iuris ratio: quia res legata fuit vendita cum consensu legatarij, siue fideicommissarij: & consequenter, hæres factus erat debitor pretij. Pergit Iurisconsult. sic dicens: *Marcellus notat: si fundum restituere malit hæres, eum audiendum existimo*.

Cur non idem, & in proposita specie dicere possimus videlicet, pretium rei venditæ: non rem restitui debere: veruntamen audiendum esse debitorem; si maluerit rem ipsam restituere: nullam certè video rationem diuersitatis.

CAPVT LI.

An per commixtionem dominium pecuniæ amittatur, & non aliarum rerum?

PER commixtionem dominium pecuniæ amittitur; non autem aliarum rerum, atque adeò id est speciali ter constitutum in pecunia numerata, docent Bart. in l. singularia, ff. si cert. pet. num 16. Alex. ibi, num. 2. & est communis, vt testantur Iason num. 12. Dec. nom. 6. Bologn. num. 44.

Contrariam sententiam habuerunt Fulgos. Cuman. & alij veteres, quos refert, & sequitur ipse Iason in d. l. singularia, Alc. ibid. in vet. pecuniam, Cagnolus quoque & Bologoetus.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si alieni, ff. de solutio. ibi: *si mixti sint ita vt discerni non possint, eius fieri, qui accepit*. Et ille textus loquitur in pecunia numerata: secùs videtur in alijs rebus, vt probatur in l. 5. ff. de rei vind. ibi, *si frumentum duorum, non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum appareat in illo aceruo suum cuiusque esse*.

His accedit ratio frequentiæ huius commixtionis in pecunia numerata, quæ non est in alijs rebus. Et textus in l. vlus. uctuarium venari, §. vltim. ff. de vsufruct. vbi probatur: immixtionem non priuare proprietarium dominio animalium, licet pro maiori commoditate constitutum sit, vt vsufructuarius teneatur ad restituendum numerum capitum. Denique accedit alia ratio: quoniam in nummis non consideratur affectio, sicut in alijs rebus, l. nummis, ff. de in lit. iurand. ideo facilius dominium nummorum amittitur, quam aliarū rerum.

Posterioris verò sententiæ fundamentum est; quia textus in d. l. si alieni, locum habet ribus concurrentibus: bona fide, iusto titulo, & mixtione facta. Quæ, si concurrant etiam in alijs rebus, idem videtur statuendum; cum & in alijs rebus sit eadem ratio.

Ego posteriorem sententiam veriorem esse existimo, si eadem immixtio fit in alijs rebus, quæ in pecunia, id est, talis immixtio, quæ inducat confusionem, A ut res discerni non possint; alias secùs puto. Primò: quia textus in d. l. si alieni, facit vim in sola immixtione, & confusione pecuniæ ita, ut discerni non possit. Ergo idem est in alijs rebus, si eadem ratio immixtionis militauerit. Secundò: quia textus in l. 5. de rei vindicat. loquens de frumento, actionem in rem domino competere dicit, in quantum appaiet in illo aceruo suum cuiusque esse. Ergo, si non apparet, propter confusam immixtionem, non datur actio. Tertiò id confirmo ex l. adeo §. voluntas, ff. de acqu. rer. dom. ibi: *Sed etsi sine voluntate dominorum casu confusæ sint duorum materiæ, vel eiusdem generis, vel diuersæ, idem iuris erit*. Quatò: quia, si dominium non amitteretur in alijs rebus; sequeretur, eas uindicari posse. Sed hoc est impossibile propter commixtionem, & confusionem; quia res designari non potest cum suis qualitatibus, prout est necesse agenti in rem, l. si in rem, ff. de rei uindicat. Nec ratio habenda est in proposito malæ fidei: quia illa nō B impedit acquisitionem dominij, re consumpta, l. si pignore, §. si prædo, ff. de pignorat. act. §. non admonendi, instit. quibus alien. licet. Hoc operatur mala fides, ut detur actio ad exhibendum, l. rogasti, §. ult. ff. si cert. petat: & si non exhibeatur, ut deferendum sit actori iuramentum in litem, l. in actionibus, ff. de in litem iuran.

Postremò, hæc sententia confirmari potest: quia id, quod nostrum est, sine facto nostro nobis auferri non potest, l. id, quod nostrum, de regul. iur. Ergo in pecunia non deberes quis priuari eius dominio, sine consensu suo: & tamen priuatur propter mixtionem. Ergo idem est in alijs rebus.

Præsertim, quoniam incertitudo impedit acquisitionem dominij, l. 3. §. incertum, de acquir. possess. licet in rem actio detur ratione partis incertæ ab aduersario possessæ, l. quæ de tota, §. incertæ, de rei vin.

C CAPVT LII.

Ex præcedenti controuersia infertur ad aliam de ludo.

QVidam ludendo alienam pecuniam amisit, quæritur, an dominus possit eam vindicare? Respondit Cuman. in l. si al eni, de solution. dominium pecuniæ amissum esse, propter mixtionem; quia, scilicet, is qui uicit, pecuniam miscuit cum sua, ex d. l. si alieni, de solut.

Iason in l. singularia, si cert. pet. contradicit; quia sola mixtio non est idonea caussa dominij acquirendi; sed requiritur etiam iusta aliqua caussa, sicut loquitur tex. in d. l. si alieni, ubi is, qui alienam pecuniam recepit, erat creditor. At ludus non est iusta caussa, arg. l. si quis cum sciret, ff pro empto. & notat gl. in l. si minor, 15. de minor.

D Cagnolus Iasonem reprehendit existimans; ludum esse licitum propter consuetudinem. Quod mihi non placet; quia ludi prohibentur à lege, exceptis quibusdam, l. alearum, C. de Religio & sumpt. At consuetudo contra legem non valet; nisi fuerit rationabilis, & legitimè præscripta, c. ult. de consuet. Hæc autem consuetudo non est rationabilis; cùm det occasionem peccandi; non enim valet consuetudo, per quam homines induci possunt ad peccandum, ut notat Abbas in terminis, in c. ult. nu. 14. de uita & honest. Cleric. Bologn. in d. l. singularia, distinguit.

Omnis difficultas in eo consistit, an per solam mixtionem acquiri possit dominium rerum, absque ulla caussa habili? Et non puto acquiri, arg. l. nunquā nuda, de acq. rer. dom. Nam si nulla habilis caussa requireretur, etiam fures efficerentur domini pecuniæ, propter mixtionem. Quod est absurdum. Nec contrarium alicubi probari puto, & proinde Iasonem rectius locutum esse, quàm Cumanum, magis est, ut putem.

CA.

A

CAPVT LIII.

Si mandauero Titio debitori meo, vt soluat Sempronio creditori meo: & Titius promiserit soluere Sempronio; an ego sim liberatus?

SCripsi hac de re l. 2. c. 73. scripsit & Menoch. lib. 3. præscr. 134. quæ postea legi, nec animus adhuc quiescit: nam si iussero debitori meo, vt soluat creditori meo, & is promiserit per stipulationem creditori meo se soluturum, putat Menoch. vbi sup. num. 68. hanc esse delegationem: ac proinde me liberatum esse per solam promissionem debitoris mei. Et si esset delegatio, res indubitata mihi videretur: quia debitor liberatur per delegationem, l. delegare, de nouat. l. quamuis, § interdum, ff. ad S.C. Velleian. l. qui debitorem, ff. de fideiuss. l. verbum exactè, de verb. sign. gl. in l. 3. C. de Nouatio.

Vereor, ne non ita sit: quoniam delegare, est alium reum vice debitoris dare, l. delegare, l. 1. ff. de nouatio: sensus est: delegare nihil aliud esse, quàm dare alium debitorem loco suo: quia reus accipitur pro debitore, l. Hæres § quod si stipulator, ff. de fideiussor. Itaque, si debitorem meum dedero creditori meo ita, vt pro me obligetur creditori meo, hæc est delegatio. Hic autem iussi debitori meo, vt solueret: non autem vt se obligaret. Immò debitor meus cui iussi vt solueret, non potest nouare stipulando, l. si debitorem, ff. de nouatio. Ergo nec censetur facta delegatio: vbi enim est delegatio, ibi est nouatio, gl. in l. 3. C. de nouatio.

Itaque, si rectè omnia perpendantur, in terminis huius quæstionis, videtur mihi dicendum: non esse delegationem, & propterea me non liberari ex promissione, facta a debitore meo, sicuti communem esse sententiam dicit Cagnol. in d. l. singularia, numero 161. Hæc superioribus scriptis meis addenda esse putaui.

CAPVT LIV.

An delegatio possit fieri à debitore creditori suo, alterius quàm debitoris ipsius delegantis?

MVlta requiruntur ad delegationem inducendā inter debitorem, & creditorem, quæ ego referre supersedeo, vno tantum contentus, quod in controuersia positum esse videtur.

Communis est, & vera sententia: inter cætera hoc requiri ad delegationem, vt delegatus sit debitor delegantis, ita gl. in l. Quamuis, §. si mulier, ff. ad Velleian. Castr. in l. delegare, la 1. de nouatio. Cagnol. in l. singularia, num. 174 ff. si cert. pet. & ibi Bolog. num. 95. vbi testatur, hanc sententiam esse communem. Probatur in l. 1. C. de nouatio. in l. si mandato, §. vlt. ff. mand. in l. quamuis, §. interdū, ff. ad Velleian. in l. qui debitorem, de fideiuss & in l. 4. ff. de manumiss.

Solus Aret. in consil. 5. & Alc. in d. l. singularia, ff. si cert. pet. sunt in contraria opinione, existimantes: hoc non esse necessarium, vt delegatus sit debitor delegantis Moti ex l. si Titius. ff. de nouatio. ex l. si quis delegauerit. eod. tit. ex l. Purè, §. si eum, ff. de doli mali except. ex l. quamuis, §. interdum, ff. ad Velleian. & ex l. delegare, la 2 ff. de nouatio. vbi dicitur delegare est, alium reum vice debitoris dare.

Respondetur ad hunc vltimum textum, reum, accipi pro debitore, l. hæres, §. quod si stipulator. ff. de fideiuss. Ad alios verò textus respondet Dec. in d. l. singularia, num. 27. verbum, delegare, in d. l. textibus accipi largè & improprié, quem sequitur, Gagnol. ibidem num. 176.

Magis placet responsio Bologn. in d. l. singularia, num. 95. vbi ostendit in omnibus illis textibus, delegatum fuisse debitorem: vel, eo ipso debitorem se constituere, cùm delegationi consentit: veluti, quando quis donaturus erat, cui consonat textus in l. vt mihi, de donatio. & in l. Nesennius, de re iudicata, vel tanquam debitorem fuisse delegatum, vt in d. §. interdum, licet aliquando haberet exceptionem, vt in d. l. si quis delegauerit, Rectè sanè & verè. & Itaque possumus ex his omnibus, hanc doctrinam conficere necessariam esse, ad delegationem vt delegatus sit debitor delegantis verè; vel putatiuè, purè, vel absq; exceptione; vel de præterito; vel de præsenti.

CAPVT LV.

An instrumentum reddatur falsum, si Notarius scripserit, Titium pecuniam dedisse & numerasse, testes autem deponant, nullam interuenisse numerationem.

COmmunis est, & vera sententia: Instrumentū reddi falsum in proposita facti specie. ita Bar. in l. singularia. ff. si cert. pet. Ias. nu. 46. & cæteri communiter, vt testantur Dec. ibi, num. 33. & Bolog. num. 110 quibus consentit & Ang. in l. Prædia, de acq. poss. fundamentum est: quia verbum numerationis significat veram, & non fictam numerationem, tot. tit. C. de pecu. non nu. & C. de dot. caut. non nū. glo. & Bar. in l. si ex cautione, C. de non nu. pecu.

Sed Bar. in d. l. Prædia, de acquir. poss. contrarium docuisse videtur, quem defendere conatur Decius in in d. l. singularis, num. 33. & defendit expressè Bolog. ibid. num. 110.

Primò mouetur ex d. l. Prædia, vbi illa verba: dedit, vendidit, & tradidit, accipiuntur fictè, & non verè: quia non significant veram traditionem possessionis: sed facultatem, & licentiam datam eam accipiendi propria auctoritate. Sic igitur & verbum numerationis verificari posse videtur in ficta numeratione, quæ per confessionem inducitur. Responderi potest: illud Procedere, quando res non est in conspectu; tunc enim illa verba, dedit, vendidit, & tradidit, non important veram traditionem: quia, tunc fieri non potest vera traditio. At pecunia in conspectu, & in præsentia esse potuit tempore contractus celebrati: meritò requiritur vera numeratio, ne Instrumentum reddatur falsum, in quo scriptum est, fuisse numeratum. C

Secundò mouetur ex l. Publia, §. vlt. ff. de pos. ubi numeratio probatur per confessionem. Ergo (inquit Decius) verbum numerationis potest intelligi per confessionem, quæ probat numerationem. Respondetur, hæc esse dissimilia; quia aliud est, quærere, an pecunia sit numerata? & hoc probari potest per confessionem. Aliud est, quærere, an verbum numerationis verificetur per confessionem? quasi liceat Notario dicere, pecuniam fuisse numeratam, licet non fuerit numerata, dummodo pars confessa sit, numerationem sibi factam. Et dico: non verificari, cum aliud sit confessio, aliud numeratio, vt Alex. in cons. 179. num. 2. lib. 1. & probatur in toto tit. de dote caus. non nu maximè in l 1. & alibi. D

Tertiò mouetur Bologn. quia verbum dare verificatur in ficta datione, l. 3. §. vltim. de donatio. inter vir. & vxor. Ergo & verbum numerare. Negatur consequentia: quia verbum numerare non est nomen iuris; sed naturæ, vt dicebat Alc. in d. l. singularia.

Quartò mouetur: quia soluta dicitur pecunia creditori, si alteri soluatur de consensu eius: & sic verbum soluere verificatur in solutione ficta & ciuili. Ergo, simili modo, accipi debet verbum numerare.

Re-

Respondetur, verbum numerationis requirere actum verum, & realem; non autem factum, & ciuilem. At solutum dicitur creditori, quo modo illi fuerit satis factum, l. solutum, §. solutam, de pig. actio.

Adde quod, si numeratio facta esset alteri cum consenso creditoris, posset dici: numerationem factam esse creditori, breui quadam mano, iuxta tex. in d. l. singularia, sed in præsenti hoc non quæritur: quia agitur, an verbum numerationis verificetur absque reali numeratione in persona vnius, qui fatetur sibi factam numerationem? Et hoc Notarius attestatur; cum tamen facta non fuerit. Hic duplex est inspectio: vna respectu cõfitentis, sibi factam fuisse numerationem & hæc confessio probat contra eum, (saluis tamen exceptionibus, quæ competunt aduersus huiusmodi confessionem.) Altera verò inspectio est respectu Notarij, qui scripsit in instrumento: pecuniam fuisse numeratam; cùm tamen non fuerit numerata. Meritò dicimus, Instrumentum esse falsum, & cõtra veritatem: Plus enim importat vera numeratio, quam sola confessio, leg. 1. C. de dot. cau. non num. & toto tit. C. de non num. pecun. Ergo veritas immutata est: nec falsitas potest excusari.

Vltimò mouetur Bologner. quia nulla ratio adferri potest, cur verbum numerare, non possit verificari in actu ficto: sicut verbum tradere, soluere, dare, accipere & peruenire. Responderi potest: rationem esse, quia verbum numerationis, ex ipsa verbi significatione denotat actum naturalem, & non ciuilem: & ideò, vbi agitur de mutuo naturali ad differentiam ciuilis, requiritur numeratio actualis, vt not. glos. & Bart. in leg. 2 §. Appellata, ff. si cert. pet.

Ad tollendas has difficultates, Decius in d. l. singularia, distinguit in hunc modum: aut Notarius dixit, numerationem factam fuisse in præsentia sua; & tunc Instrument. sit falsum: aut dixit, simpliciter, factam fuisse numerationem; & secùs sit. Non placet Bologn. hæc distinctio tanquam verbalis & nullam continens rationem diuersitatis. Alc. autem monet: Notarium hoc in casu excusari à pœna falsi, vbi nullum præiudicium partibus est illatum, vt puta, si non possit competere exceptio non numeratæ pecuniæ, iuxta l. frustra, & leg. aduersus, C. de non numerat. pecun. quia falsitas nemini nocens non punitur, Et in l. damus, C. de fals. Ego verò puto, accipiendum de pœna ordinaria; non autem de extraordinaria: quoniam falsitatis etiam nemini nocẽs de pœna extraordinaria puniri. Vide Menoch. de arbit. casu. 306. num. 15.

CAPVT LVI.

An possessio seu quasi transferat onus probandi contrarium seruitutibus?

COmmunis est sententia: si quis sit in quasi possessione seruitutis realis, nihilominus teneri ad probandum seruitutem sibi esse constitutam, Bart. in l. si prius, ff. de oper. no. nunc. num. 9. & ibi Angel. vers. Tu dic. & Imol. vers. Nam potes dicere, & Alex. n. 37. Ias. num. 44 alios refert, & sequitur Fuluius Pacianus in tract. de probatio. l. 2. c. 40. nu. 8.

Fundamentum est: quia prædia ab initio præsumuntur esse libera, l. Altius, C. de seruit. & hæc præsumptio locum habet ab origine prima; ita, vt is, qui contradicit ei, qui est in possessione seruitutis, habeat intentionem fundatam, quæ de necessitate concordat cum originali statu ipsius rei: ideo istud videtur præualere possessioni aduersarij: adducit Bart. not. in d. l. si prius, & not. in l. sicuti, §. sed si quæratur, ff. si seru. vind. vbi glos. apertè docet: possessori incumbere onus probandi, seruitutem sibi esse constitutam.

Alciat. reg. 2. præsc. 3. contrariam opinionem habuit. A Quem secutus est Mard. de probatio. vol. 3. conclusion. 1299. numero 4. Menoch. leg. 3. præsc. 89. nume. 8. & ante omnes istos Cuman. in d. l. si prius, num. 19. cum seq. & Duarenus in Tit. de probat. capit. 13. vers. vnde quæritur.

Primò ex l. si prius, de op. no. nunc. vbi in pœnam cõtumaciæ transfertur onus probandi, seruitutem esse constitutam in possessorem. Ergo cessante contumacia, cessat istud onus probandi. Respondet Fuluius Pacian. vbi sup. num. 13. negando sequelam, quam Alciatus assumit. Dato enim quòd ob pœnam contumaciæ, onus probandi transferatur in contumacem, qui erat in quasi possessione seruitutis realis: non tñ sequitur, q̃ quasi possessio liberasset eum à probanda seruitute præsenti, si non fuisset contumax. Quia immò debuisset illam seruitutem probare, stante supradicta præsumptione libertatis, quæ potentior est illa quasi possessione, vt per Ias. in d. l. si prius, sub num. 35. vers. Aggredior B tertiam partem.

Replicari potest: Iasonem quidem hoc dicere, videlicet; præsumptionem illam, quod quælibet res sit libera, potentiorem esse quasi possessione aduersarij: sed istud non probat Ias. nec vllus alius aliquo textu iuris, vel ratione concludenti, aut probabili.

Contrarium probat Cumanus in d. l. si prius, numer. 19. 20. & seq. his rationibus. Prima: quia quasi possessio seruitutis hoc operatur, vt ille, qui prætendit libertatem, non debeat facere contra seruitutem, d. l. si prius & leg. 1. ff. de itin. actuque priuil. Secunda: quia cogitur cauere is, qui contendit pro libertate propter quasi possessionem aduersarij, vt in dict. leg. si prius. Ergo ista quasi possessio est potior, quam naturalis status, cum faciat præsumi, seruitutem esse constitutam. Tertia: præsumptio specialis & magis verisimilis derogat generali, leg. penultim. de in integ. restitut. l. cum de indebito, de probat. Sed quod res præsumatur li- C bera, est præsumptio quædam generalis. At quasi possessio seruitutis est quædam præsumptio specialis, cum nihil aliud sit, quam scientia, & patientia aduersarij, l. 3. §. Dare, ff. de vsufruc. Ergo debet derogare præsumptioni generali. Et hoc probatur in d. l. cùm de indebito. Nam quis non præsumitur debitor: & tamen, si soluat occasione alicuius debiti, ista solutio facit eum censeri debitorem. Et sic derogatur generali præsumptioni.

Secundò mouetur Alc. Quia seruitus imponi potest futuro ædificio, l. si seruitus, §. futuro, ff. de seruitut. vrb. præd. Ergo res potuit ab origine sua debere seruitutem; & ista potentia satis est ad hoc, vt ex quasi possessione transferatur onus probandi in aduersarium, secundum distionem eiusdem Bart. in d. l. si prius, num. 19. per tex. in l. circa, ff. de probatio.

Respondet Pacianus, vbi supra, eum qui dicit seruitutem fuisse impositam ædificio, antequam natum es- D set, vel constructum, probare debere. Hoc nihil est: quia satis est nobis posse imponi: & sic rem potuisse ab origine sua debere seruitutem. Deinde, (inquit Pacianus) licet seruitus futuro ędificio possit imponi; tamen istud non est quid naturale, nec est qualitas ex necessitate annexa origini naturali. Nihil est: quia sufficit potentia supradicta, ad quam potentiam tandem respondet Pacian. numer. 16. negando, esse verum, quòd ædificio nondum nato possit seruitus propriè constitui: quia qualitas non potest esse sine subiecto; sed persona obligari potest ad constituendam seruitutem, cum ædificium erit in rerum natura, vt declarat Abb. in c. quia nonnulli, numero 8. de rescript. glos. in capit. ad dissoluendum, de desponsat. impub. Socin. sen. consilio 141. num. 3. lib. 1.

Replicari potest: hanc interpretationem bonam esse, quam ante omnes attulit glos. in dic. §. futuro, dum ait: *non vt sit seruitus, sed vt quis obligetur nomine seruitutis:*

ſitutis: ſed tamen nihil obſtat: quia ſatis eſt, quòd ædificio nam ſtatim intelligetur eſſe ſeruum, & non liberum: & conſequenter adeſt illa potentia, quam Bartol. conſiderat, vt infra dictum eſt. A

Tertiò mouetur Alc.ex l.ficut, §.ſed ſi quæratur, ff. ſi ſeru. vind. vbi textus apertè dicit: eum, qui eſt in poſſeſſione ſeruitutis, ſuſtinere partes poſſeſſoris: aduerſarium verò eius ſuſtinere partes actoris. Ergo debet probare, rem ſuam eſſe liberam: quia hoc eſt onus actoris probare, non autem poſſeſſoris, §. commodum, inſtit. de interd. vt bene declarat Cuman. in d.l. ſi prius, numerò 23. quicquid dicat gl.in d.l. ſed ſi quæratur, quæ dicit, huic poſſeſſori incumbere onus probandi, ſeruitutem eſſe conſtitutam. Malè, & contra textum, qui dicit: eum ſuſtinere partes poſſeſſoris; aduerſarium verò partes actoris, ſeu petitoris. Hęc ſunt verba textus: *Sed ſi quæratur, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat? ſciendum eſt, poſſeſſoris partes ſuſtinere, ſiquidem ſigna immiſſa ſiut, eum qui ſeruitutem ſibi deberi ait; ſi verò immiſſa non ſiut, eum qui negat.* B

Hoc tertium fundamentum videtur mihi ſatis firmum: nec enim reſpondet quis; nec reſpondere iudicio meo poteſt abſque manifeſta violentia ipſius textus. Proinde ego puto: ſententiam Cumani, Alciati, Menochij, & Maſcardi retinendam eſſe, & amplectendam.

CAPVT LVII.

Stante ſtatuto, quod de percuſſionibus ſanguinolentis non poſſit fieri pax, ſi quis aliquem impulerit ad terram, et ex impulſu colliſo capite ad lapidem ſanguis exierit, an ſtatutum locum habeat?

SEd quando iuuat in amœnis campis diſputationum annuere ſatiatum nonnihil immorari, ſubnectam controuerſias agitari ſolitas in locis ordinarijs: nam Dd. in rub. ſi cert. petat. ferè omnes auſpicantur ab iſta, & communiter concludunt: ſtatuto locum non aſſe, ita Bald. in l. de pecoribus & ibidem Sal. C. ad l. Aquil. Dec. in rubr. ſi cert. pet. & Cagnol. ibid. num. 6. teſtatur, eſſe communem ſententiam, quam & ego amplecti ſoleo.

Primum argumentum eſt: quia dictio de, ſignificat cauſſam immediatam, l. 1. §. Nunc videamus, ff. De cõiungat. cum emanc. lib. At impulſus hic non fuit cauſſa immediata, ſed mediata. Hoc argumentum non placuit Decio. quia etiam cauſſa remota, & mediata attenditur, l. vxori, la 2. & ibi Bartol. not. de. & argu. leg. & quod eſt cauſſa cauſæ, eſt cauſſa cauſati, l. Manumiſſiones, de iuſt. & iure, leg. vnum ex familia. §. ſi de falcidia, de leg. 2. l. item eorum, §. ſi decuriones ff. quod cuiuſque vniuerſ. nom. Cùm igitur impulſus ad terram, fuerit cauſſa cauſæ, id eſt, alliſionis ad lapidem, meritò dicitur etiam cauſſa cauſati, id eſt, percuſſionis ſanguinolentæ.

Secundum eſt igitur argumentum ſecundum Decium: quia impulſus ad terram non fuit ordinatus ad illum effectum, vt exiret ſanguis per colliſionem capitis. Et quando cauſſa remota non eſt ordinata ad proximam, non attenditur; ſed ſola cauſſa proxima tunc attendi debet, l. Non omne, ff. de ſtatu lib. l. verum, ff. de furt. l. ſocium qui §. vlt. & ibi Bart. not ff. pro ſocio. Non placuit Bologn. in rubr. ſi cert. pet. numero 17. quia in his, quæ iure prohibita, inſpici debet, an quis habeat animum nocendi necne: non autem, an cauſſa ſit ordinata ad effectum, vt notat Bart. in leg. Diuus ff. de ſicar. gloſ. in cap. de cætero de homic. in cap. preſbyterum, eod. tit.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Fel. in d. c. de cætero, de homic. & Bolog. in rub. ſi cert. pet. nu. 17. & 18.

Primò: quia dictio de, ſignificat etiam cauſſam remotam, vt probatur in leg. 1 ff. quor bon. & in l. 1. in dicto §. ex die & §. non ſolum, de vi, & vi arm. & in l. de alimentis, C. de tranſ. iuncta l cum hi, §. ſi integra, & §. ſi uni, ff. eo. l. 1. C. quando ciuil. actio. cum alijs congeſtis à Iaſone in leg. non dubium, colum. 5. C. de legibus vbi adducit etiam textum in leg. ſi finita, §. Deinde, ff. de dam. inf. Sed reſpondere poteſt: dato, quòd verum ſit, dictionem de, ſignificare aliquando cauſſam mediatam, prout materia ſubiecta requirit, ſecundum quam verba accipi ſolent, l. ſi vno, ff. locati, l. inſulam, ff. de præſcr. verb. vel ſecundum mentem proferentis, vt declarat Alexand. in dict. §. deinde. Non tamen ſequitur, in propoſita quæſtione ſtatuto locum eſſe: cuia percuſſio non fuit ſanguinolenta, prout requirit ſtatutum.

Secundò mouetur Bolognet. quia delinquens tenetur de omni eo, quod euenit etiam præter eius intentionem, l. quoniam multa, C. ad l. Iul. de vi l. vulgaris, §. ſi cum, ff. de furt. leg. qui, de iniur. capit. vltim. de homicid. leg. 6. Reſponderi poteſt teneri quidem delinquentem aliqua pœna, ſed non ſequitur, locum eſſe ſtatuto.

Tertiò mouetur Bologn. ex leg. qua actione, §. Celſus, & §. ſed ſi quis, ad l. Aquil. vbi proijciens aliquem de ponte tenetur l. Aquilia quaſi interfecerit, licet proiectus mortuus fuerit ex nimio potu aquæ, ex qua fuit ſuffocatus. Poteſt reſponderi; eum qui proijcit in aquã & deiecit de ponte, meritò teneri directa actione legis Aquilię: quia corpore ſuo damnum dedit, quod ſufficit ad hoc, vt directa actio ex lege Falcidia locum habeat, vt declarat Imperator in leg. ultim. inſt. de leg. Aquil.

Quartò alij mouentur: quia cauſſa iſta, id eſt, percuſſio non eſt multum remota; ſed potius cohęrens, & propinqua, ideo debet attendi, argum. leg. quæ religioſis, de rei vindicat. Et quia, vbi cauſſa generalis influit in ſpecialem quaſi eam confirmando, efficitur eiuſdem naturæ cum ea, l. 1. ff commod. leg. cùm mulier, ff. ſolut. matrimon. Sed impulſus ad terram influit in colliſionem. Ergo. Et cùm hic agatur de fauore publico, vt delicta puniantur, debet fieri lata interpretatio, vt notat Bartol. in l. quemadmodum, C. de agricol. & cenſit. lib. 11. & in leg. 2. §. exercitum, ff. de his qui not. infam, Dec. in leg. qui ſe patris circa fin. C. vnde liberi. Reſpõdet Cagn. in dict. rub. ſi cert. pet. num. 8. cauſſam proximam eſſe inſpiciendam, & ab ea deſumendam eſſe denominationem, l. 2. §. ultim. ff de donat. cauſa uerò remota tunc attendi debet, quando deficit cauſſa proxima; dicens: impulſum ad terram, eſſe ualde remotum ad effuſionem ſanguinis, nec influere in eam; cùm ſit penitùs ſeparatus: uerba ſtatuti ſtrictè ſunt accipienda, ut notat Bartol. in leg. conſtitutionibus ad municip. Denique, nullam eſſe rationem habendam eius, quod dicitur; publicè intereſſe, delicta puniri; quoniam nemo negat, hunc percutientem dignum eſſe aliqua pœna. Difficultas tantùm eſt, an ſit locus ſtatuto? C D

Ego igitur amplecti ſoleo communiorem ſententiam, quæ negat locum eſſe ſtatuto: quia ſtatutum requirit, percuſſionem eſſe ſanguinolentam, quod ego intelligo in ipſo actu percuſſionis: quia qualitas adiecta uerbo debet adeſſe tempore uerbi, leg. in delictis, §. ſi extraneus, ff. de noxalibus. Secundò: quia differentia eſt, an aliquis occiderit, uel mortis cauſſam præbuerit, quantum ad l. Aquil. attinet, leg. ſi ex plagijs, §. ultim. l. item ſi obſtetrix, l. qua actione, §. Celſus, ff ad leg Aquil. Ergo & quantum ad huiuſmodi ſtatutum attinet, quod ſatis odioſum eſt; nos quoque differentiam aliquam rectè conſtituimus, inter percuſſionem immediatè ſanguinolentam, & aliam percuſſionem, ſiue impulſum, de quo agitur. Aliud eſt enim

enim percuſſio ſanguinolenta; aliud impulſus ad terrã, ſicuti latè explicat Aret. in conſ. 126. viſa conſultatione. Propterea non poteſt de vno inferri ad aliud: & ita concludo, communiorem ſentẽtiam veriorem videri.

CAPVT LVIII.

Stante ſtatuto, quòd de quolibet inſtrumento debiti ſoluatur gabella, an ſit ſoluenda à debitore, vel à creditore; item ab emptore, vel à venditore?

IN eadem rub. ſi cert. pet. omnes conueniunt ſtante ſtatuto: quod de inſtrumento debeat ſolui gabella, onus eam ſoluendi incumbere creditori; non autẽ debitori. Sal in rub. C. ſi cer. pet. Ripa, Cagn. Bolng. & omnes in rub ff. eod. ſimiliter emptori; non autem venditori. Et fundamentum eſt in l debet, ff. de ædil. edic. ibi. *Quid ergo ſi forte vectigalis nomine datum eſt, quod emptorem forte ſequeretur?* Et quia contractus, & inſtrumentum principaliter fit in fauorem creditoris, atque in fauorem emptoris: meritò, cum ipſe ſentiat præcipuam vtilitatem, debet etiam onus iſtud ſentire, l. ſecũdũ naturam, de reg. iur. & ita etiam docet Rom. ſing. 588 per Italiam, Cap. Toloſana, deciſ. 451. & ibi addentes teſtantur, hanc eſſe communem, Bertach. in trac. de gabel. 7. par. primæ. in princ.

Contrariam ſententiam habuit Bart. Cępolla in d. l. debet, ff. de ædil. edicto exiſtimans: Gabellam hoc in caſu ſoluendam eſſe ab vtroque, tam emptore, quam vẽditore. Motus primò: quia emptor, & venditor ſunt correlatiua: diſpoſitum autem in vno ex correlatiuis habet locum & in altero, l. vlt. C. de indict. vid. toll. Secundo: quia contractus emptionis & venditionis dicitur fieri gratia vtriuſque, §. vlt. inſt. quib. mod. re contrah. obl. l. actionum genera, de actio. & oblig. Ad tex. in d. l. debet, ff. de ædil. edicto, reſpondet multis modis. Primò intelligi poſſe, quando onus gabellæ ad emptorem ſpectabat ex conuentione contrahentium. Secundò quod emptor ſoluerit gabellam pro parte ſua tantum: quia pro alia parte ſoluta fuit à venditore. Tertiò, id poteſt intelligi, quando extaret ſtatutum, vel aliqua conſtitutio, quod gabella ſpectaret ad emptorem. Quartò, intelligi poteſt de laudemio, quod ſoluit emptor iuris emphyteutici ipſi domino directo, iuxta l. vlt. C. de iure emph. Ego puto, communem ſententiam rectè defendi poſſe, ea ratione: quod commodum contractus principaliter ſpectat ad emptorem, qui acquirit dominium rei, ſicut videmus ſpectare onus ſoluendi laudemium ad emptorem rei emphyteuticæ, gl. in l. vlt. in ver. accipere, C. de iure emphyt. & ibi Iaſ. n. 41. Clar. §. emphyteuſis, q. 23. verſ. vlterius quæro.

Non obſtant argumenta Cępollæ: quia ad primum reſpondetur: argumentum à correlatiuis ceſſare, vbi diuerſa eſt ratio inter vnum & alterum, vt notant omnes in l. vlt. C. de indict. vid. toll. tradit Euerard. in loco à correlatiuis. Hic autem eſt diuerſa ratio; quia maius ſentit commodum emptor, qui acquirit, quàm venditor, qui alienat. nam dominia rerum videntur eſſe maioris momenti, quam pecunia, quæ dr̃ de rebus, quę ſeruando ſeruari non poſſunt. Hinc legibus prohibitæ sũt alienationes mulieribus, & minoribus, licet pretium recepturi forent. Pretium .n. & pecunia nullum fructum producere poteſt: at res immobiles contra, & alię ad vitæ vſum comparatæ multam adferunt vtilitatem.

Ad ſecundum argumentum reſpondetur: cõtractum emptionis, & venditionis fieri quidem gratia vtriuſq. ſed maius commodum ad emptorem, quam ad venditorem peruenire, ex cauſſis iam dictis. Et quod attinet ad textum in l. debet. fateor, non loqui de iſtis gabellis, quę ſoluuntur de contractibus, neque enim olim erant impoſitæ: verum tamen exiſtimo, communem ſententiam defendi poſſe, ratione ſupra deducta ex l. ſecun-

A dum naturam, de reg. iur. conſiderando principalem vtilitatem & commodum emptoris inquirendo, vt ſuprà deductum eſt.

CAPVT LIX.

Stante ſtatuto, de quo dictum eſt præcedenti capite: an gabella ſit ſoluenda à creditore, vel à debitore in contractu mutui, vel commodati?

IN contractu mutui vel commodati gratuiti vera, & communis eſt ſententia; gabellam inſtrumenti confecti ſoluendam eſſe à debitore; non autem à creditore. Ita Salyc. in rubr. C. ſi cert. petat. Cagn. in rubr. ff. eod. num. 19. & ibid. Scot. num. 67. Soc. ſen. conſil. 247. lib. 1. Fundamentum eſt: quia hoc in caſu contractus celebratur gratia debitoris, non autem creditoris, cum ex eo ſolus debitor vtilitatem percipiat & com-

B modum. Æquum igitur eſt, vt ipſe onus ſubeat, l. ſecundum naturam, de reg. iur. & confert ad hoc tex. in l. hactenus, & in l. ſi quid, §. 1. ff de vſufr. & in l. reſcripto. §. vlt. ff. de muner. & honor. & Bart. in l. cum Titio, ff. ad l. Falcid.

Contrarium videtur ſentire Ripa in rubr. ff. ſi cert. pet. & Bologn. ibid. num. 23. Motus ex eo: quod ſtatutum mandat ſolui gabellam de inſtrumento, non autem de contractu. Sed inſtrumentum fit in fauorem creditoris, vt per illud debitum probetur, l. cum res; C. de probat. Ergo ipſe creditor tenetur ſoluere gabellam. Reſpondet Cagnol. in d. rubr. num. 19. creditorem poſſe id probare etiam teſtibus, l. in exercendis, C. de fid. inſtr. ac proinde non eſſe neceſſarium inſtrumentum, & conſequenter dici non poſſe: gratia creditoris confectum. Non rectè: quia quid ſi teſtes non adeſſent iam ſcilicet vita defuncti? & noſtra etiam intereſt, plura habere remedia, l. recuſari, §. Titius, ff. ad

C S.C. Trebell.

Melior fortaſſis reſponſio erit, ſi dicamus: licet ſtatutum loquatur de inſtrumento debiti, non conſideraſſe tamen ſolam chartam ipſius inſtrumenti, ſed magis contractum, qui in inſtrumento continetur. Et ſic ponitur hoc in caſu continens pro contento, vt alias fieri ſolet, vt notat gloſ. in l ſolent, ff de off. procon. Cùm igitur contractus principaliter conſideretur à ſtatuto, & contractus principaliter fiat in gratiam, & vtilitatem debitoris: meritò dicendum eſt, ad eundem Gabellæ ſoluendæ onus pertinere.

CAPVT LX.

Cur actiones in rem ſcriptæ dicantur perſonales?

D NOn eſt prætereunda quæſtio, quam ijdem Dd. tractant in rub. ſi cer. pet. cur actiones in rem ſcriptæ dicantur perſonales?

Prima ratio ſumitur ex Bart. in l. ſi tertius. §. ſi quis, de aqua plu. arcen. quia, ſcilicet, oritur obligatio ex perueniente rei ad alium.

Contrà inquit Bolog. in d. rubr. num. 27. quia obligatio oritur ex contractu, vel quaſi; maleficio vel quaſi; §. fin. inſtit. de obligatio. Aliam igitur rationem aſſignat ipſe: aut (inquit) actio habuit ſuum principium naturale, vt ſi præceſſit delictum uel quaſi, ſiue contractus, uel quaſi; & uidelicet res peruenerit ad nouos poſſeſſores, tamen actio nõ mutatur, ſed incipit cõpetere contra poſſidentem. Iſtud non placet; repugnat enim iuris regula, qua dicimus; obligationem non ſequi tertium poſſeſſorem, l. t. ſi hæres ff. ad S.C. Trebell. Si uerò (inquit Bolognetus) actio non habeat aliquod principium, ueluti actio ad exhibendum, tunc fundatur in iure rei; Obligatio autem,

quæ oritur ex parte poſſidentis, venit ex quaſi contra-ctu, quia quis accipiendo rem videtur quaſi contrahe-re cum omnibus, quorum intereſt: ſicut hæres adeundo hæreditatem, videtur contrahere cum creditoribus, & legatarijs, §. hæres, inſtit. de oblig. ex quaſi contractu. Non placet: quia ſi hoc verum eſſet, omnis actio per-ſonalis daretur contra tertium poſſeſſorem: quoniam dici poſſet, ipſum tertium poſſeſſorem quaſi contraxiſ-ſe cum omnibus, quorum intereſſet.

Tertiò igitur loco Io. Coraſius in ead. rub. num. 3. & lib. 1. miſcellan. cap. 22. fuit in noua opinione dicens: non ideo actiones in rem ſcriptas dici, quòd ſequantur rem; ſed quoniam potius per contrarium, ideò rem ſe-qui: quoniam ſcriptę ſunt in rem l. 1. ff. quod met. cau. l. 1. §. 1. de interdict. l. 1. §. verba, de dolo. Et ſic conclu-dit, actiones, quæ dicuntur in rem ſcriptæ, non differre à perſonalibus nec conſtituere tertiam ſpeciem; ſed eſ-ſe perſonales, & conſequenter obligationem oriri ex eiſdem fontibus, ex quibus oritur in cæteris actionib. perſonalibus. Verùm appellari in rem ſcriptas ob ra-tionem dictam: quia ſcilicet, verba edictorum, & interdictorum fuerunt in rem concepta, non autem in perſonam.

Hanc opinionem reprehendit Bologn. in d. rub. nu. 28. ſatis prolixè; ſed dum negat actionem de dolo eſſe in rem ſcriptam, videtur mihi malè id negare: nam, quod ſit in rem ſcripta, & detur contra poſſeſſorem de eo, quod ad eum peruenit, probat. in l. hæredib. & in l. ſed etſi, ex dolo, & in l. in hæredem, & in l. ſi plures, in fine. ff. de dolo. vide Menoch. de recuper. rem. 5. no. 83. Non tamen hæc opinio Coraſij difficultatem attingit, quæ conſiſtit in eo: videlicet, vñ oriatur obligatio, per quam contra tertium poſſeſſorem agi poſſit?

Omitto, quę Zaſius ſcribit lib. 2. ſingul. reſponſ. c. 33. quia nec ipſe hoc declarat. Et breuiter concludo: actio-nes in rem ſcriptas habere ſuum principium naturale ex contractu vel quaſi; ex maleficio, vel quaſi: & ideò perſonales eſſe. Et hinc oriri obligationem, veluti eſt actio de dolo, quod metus cauſſa, interdicta, actio no-xalis, & id genus alia. Vel certè oriri obligationem ex peruentione rei, (vt dicebat Bar.) quia æquum eſt, vt ſi res mea ad te perueniat, ea mihi exhibeas, vt poſſim de iure meo docere, l. 3. §. eſt autem, ibi, nonne æquum eſt, ff. ad exhib. & hoc eſt, quod inquit textus in l. 1. de oblig. & actio. Obligationes aliquando oriri ex varijs figuris cauſſarum, vide Bar. in l. 3. C. quod met. cau. Cagn. in d. rub. ſi cert. pet. num. 52. & ibi etiam Albam. nu. 24. de huiuſmodi æquitate, ex qua oritur obligatio, loquitur etiam tex. in l. ſi me & Titium, ff. ſi cert. pet. & in l. ex maleficijs, §. ſi quis abſente, de actio. & obl. & in l. 2. §. item Var. de aq. plu. arcen. & in l. Stichum, §. na-turalis, ff. de ſolutio.

CAPVT LXI.

An mixtæ actiones competant contra non poſſidentem?

COmmunis eſt & vera ſententia Dd. in rub. ff. ſi cer. pet. actiones mixtas, veluti: familiæ erciſcũ-dæ, communi diuidundo, & finium regundo-rum, dari atq; exerceri poſſe; etiam contra non poſſidẽ-tem. ita Dec. ibid. Cagn. nu. 59. Bolog. ſub nu. 36. Goz. nu. 4. 5. 6. & 7. Fundamentum eſt in l. 1. & l. hæredes, §. quantum, & in l. item Labeo, §. vlt. ff. fam. erciſc. & in l. pen. ff. comm. diuid.

Contrariũ docuit Alba ibid. num. 13. exiſtimans, re-quiri poſſeſſionem ex parte rei conuenti. Motus ex l. communis, §. cùm agere, ff. comm. diuid. Et, quia res vin-dicatur, ergo requiritur poſſeſſio ex parte rei, §. omniũ, inſt. de actio. à aliàs iudicium eſſet eluſorium, l. vlt. ff. de rei vindic. Ad textus in contrarium adductos reſpon-det: actionem dari contra non poſſidentem ſecundum

A illos textus, quoad perſonales præſtationes: ſecus verò, quantum ad bonorum diuiſionem atq; aſſignationem, adducens tex. in l. item Labeo, §. vlt. ff. fam. erciſ. & in l. 1. ff. eod. tit. ibi: ſed ſi is qui poſſidet, & in l. 1. ff. fin. regũ.

Verùm, iſta nihil nos morantur: nam, quod attinet ad textum in d. §. cum agere, loquitur de alienatione fa-cta iudicij mutandi cauſa, (vt dicebat Decius.) Quo ca-ſu, quia res alienata deſinit eſſe communis, meritò ceſ-ſat iudicium communi diuidundo. Ad tex. in l. item La-beo, §. vlt. reſpondeo: probari contrarium in eo textu: quia ibi non tantum præſtationes veniunt; ſed etiam res quę apud hoſtes ſunt, & tamen non poſſidentur, l. denique. ff. ex quib. cau. maio. Ad l. 1. ff. ſam. erciſ. ver. ſed ſi is, qui poſſidet, reſpondeo: ibi nihil aliud probari, niſi, quod detur illa actio contra poſſidentem; verùm textus non negat, dari etiam contra non poſſidentem. Ad tex. in l. 1. ff. fi. regund. reſpondeo: actionem illam competere pro vendicatione rei, (vt ibi dicitur) ſed non

B ſequitur: ergo eſt in rem propriè, & verè, ſicut eſt rei vendicatio, iuxta textum in §. omnium, inſtit. de actio. nã & actio depoſiti, commodati, & ſimiles perſequun-tur rem; non tamen ſunt in rem, §. ſequens, inſtit. de actio. Nec iudicium eſſet eluſorium; quoniam, (vt dice-bat Gozad.) nihil prohibet, quominùs res communis diuidi poſſit; licet ab alio poſſideatur; & quominùs hęreditas diuidatur; licet ab alio poſſideatur.

CAPVT LXII.

An petitio hæreditatis ſit actio in rem vel mixta?

DIſputatio eſt inſignis in eadẽ rub. ff. ſi cer. pet. an petitio hęreditatis, ſit actio in rem, vel mixta. Qua in re ego ſolitus ſum amplecti eorum ſententiam, qui mixtam eſſe docuerunt, motus ex l. hæreditatis, C. de pet. hęred. ibi: *cùm mixta perſo-*

C *nalis actionis ratio hoc reſpondere compellat.* Hæ ſunt prę-ſtationes perſonales, de quib. fit mentio in l. ſed etſi le-ge, §. petitio, ff. eod. tit. Sic dicimus: actionem familiæ erciſcundæ, mixtam eſſe propter huiuſmodi præſtatio-nes perſonales, l. item Labeo, §. vlt. ff. ſam. erciſ. mixtum enim eſt, quod participat ex diuerſis, l. 2. de iuriſd. om. iud. l. 2. de verb. oblig.

Contrariam ſentẽtiam magis communiter Dd. am-plexi ſunt Bar. Salyc. Soc. ſen. Iaſ. Rip. nu. 7. Cagnol. qui dicit: eſſe magis receptam, no. 91. Bolog. n. 23. Alba. nu. 26. in d. rub. ſi cer. pet. Primum argumentum ſumitur ex l. ſed etſi lege, §. petitio, de petit. hæred. & ex l. ſin autem, §. ſed & is, de rei vind. vbi dicitur, eſſe actionem in rem. Reſpondetur: non inde ſequi, quod non ſit mix-ta; nam & mixtum ſolet aliquando nominari per par-tes ſuas, l. ſerui electione, de leg. 1. §. quidam, inſtit. de actio. l. 2. de verb. oblig. Secundum argumentum ſu-

D mitur ex l. 1. de rei vind. & ex l. ſicut, C. de præſcript. long. temp. Reſpondetur: in iſtis textib. probari, eſſe actionem in rem; non tamen negari, quin ſit mixta, vt ſup. reſponſum eſt. Tertium argumentum eſt: quia hęc actio oritur ex dominio rei. Nam hæres adeundo hære-ditatem dominium acquirit, l. cum hæredes, de acq. poſ. Reſpondetur: hoc eſſe verum; ſed non rectè inferri Ergo non eſt mixta, cum in ea veniant etiam perſona-les præſtationes. Quartum argumentum eſt: quia datur contra poſſidentem, l. licet, l. regulariter, de pe-tit. hæred. Reſpondetur: fateor, in hoc ſequi naturam realium actionum; ſed tamen participat etiam de per-ſonali actiones propter perſonales præſtationes. Quin-tum argumentum eſt: quia agitur hac actione, vt hæres declaretur, l. licet & ibi notat Bartol. de pet. hæred. ſicut agens actione in rem petit. ſe declarari dominum, l. ex diuerſo, §. 1. de rei vind. Reſponde-tur; in hoc ſequi naturam realium actionum; ſed ta-men eſſe mixtam propter perſonales præſtationes.

Sex.

Sextum eſt: quia vocatur petitio. At petitio eſt actio in rem, l. actio in perſonam, de act. & oblig. dicitur etiam vindicatio, l. 1. §. 1. ſi pars hæred. petat. Respondetur: non appellari ſimpliciter petitionem, nec ſimpliciter vindicationem; ſed cum adiuncto, videlicet hæreditatis, & continere etiam perſonales præſtationes; ideò nõ eſſe actionem in rem ſimpliciter, & purè. Septimum: quia, ſi eſſet mixta, Imperator de ea mentionem feciſſet in §. prædam, inſtit. de actio. Reſpondetur: ibi non enumerari omnes actiones mixtas; ſed aliquas præcipuas tantùm.

CAPVT LXIII.

An actiones reales ſint digniores perſonalibus vel è conuerſo?

DIſputant etiam in eadem rub. ſi cer. pet. an reales actiones ſint digniores perſonalibus? quæ quidem diſputatio videri prima fronte põt de lana caprina, (vt vulgò loquimur) verum omnibus conſideratis, non eſt omnino inutilis; & propter Dd auctoritatem non videtur eſſe contemnenda.

Communior ſententia docet: reales eſſe digniores, quam amplexi ſunt Alex. Iaſ. Soc. Caſtr. Alc. & Gozad. num. 9. Primò: quia reales dantur contra quemlibet poſſeſſorem, & ſic latiùs patent, quàm perſonales, §. omnium, inſtit. de actio. Reſpondet Decius in eadem rub. n. 20. non eſſe bonam conſequentiam; quia delegatus Principis eſt dignior ordinario, & tamen ordinarius latiorem habet iuriſdictionem, c. paſtoralis, §. præterea, de off. ord.

Secundò; quia actiones reales ſunt fortiores perſonalib. l. plus cautionis, de reg. iu. l. forma, §. quanquam de cenſib. Reſpondet Dec. vbi ſupra negando conſequentiam: nam teſtm̃ militis eſt dignius teſtamento pagani propter priuilegia militum, & tñ teſtamentum pagani eſt firmius, l. eius militis, §. militia miſſus, de teſt. & delegatus Principis eſt dignior ordinario, & tamen ordinarius firmiorem habet iuriſdictionem, vt notat Archidiac. in c. ſi Epiſcopus, 2. quæſt. 6.

Tertiò: quia actio perſonalis faciliùs tollitur quàm dominium, vt notat Innocentius in cap. quæ in Eccleſiarum, de conſtit. Reſpondet Decius: ex hoc inferri, reales eſſe firmiores; ſed non ſequi: ergo ſunt digniores, vt ſup. dictum eſt: item, negatur; difficiliùs tolli reales, quã perſonales: quia omnes tolli poſſunt à Principe, cũ ſint de iure Ciuili, & Innoc. loquitur de dominio; non autem de actionibus: dominium, n. eſt de iure gentium, l. ex hoc iure, de iuſt. & iur. actiones verò, de iure ciuili, l. 2. §. deinde, de orig. iur. Et ideò, ſi dominium ſit quæſitum de iure ciuili, pariter à Principe tolli pot. Ang in l. Lucius de euictio. Caſtr. in l. cum hæres de acqu. poſſ. Imò faciliùs tollitur dominium, quam actio perſonalis, vt notat Caſtr. in l. 1. ad S. C. Treb. per tex. in l. vlt. C. de leg. Adde quod, imò perſonales ſunt firmiores, cũ ſint inſeparabiles à perſona, gloſ. in l. 1. ff. pro ſocio. Et tolluntur ſpacio trium annorum; cùm tamen reales minori temporis ſpacio tollantur, l. omnes, l. ſicut, C. de præſcr. long. temp.

Quartò: quia digniora ſunt, quæ habent maiorẽ virtutem, potẽtiam, & iuriſdictionem, l. aſſiduis, C. qui potior. c. cum inferior, de maior. & obed. c. in nouo, cũ glo. 21. diſt. glo. in l. fideiuſſor, §. 1. verſ. poſſit, de pigno. Sed reales ſunt huiuſmodi, Ergo, &c. R̃ndeti poteſt ex mente Dec. nõ eſſe bonam cõſequẽtiam, ſicut patet in delegato Principis, & ordinario, vt ſup. dictum eſt.

Quintò: quia maior comprehenſio maiorem arguit dignitatem; & ideò Archiepiſc. eſt dignior Epõ propter maiorem comprehenſionem. gloſ. in d. c. in nouo, 21. diſt. Sed reales ſunt huiuſmodi; quia dantur contra rem, & contra perſonam. Ergo, &c. Reſponderi poteſt; etiam actiones perſonales dari contra rem, & contra perſonam, §. rei perſequendæ, inſtit. de actio. Si dicatur: reales latiùs ſe extendere contra quemlibet poſſeſſorem, iam ſuprà reſponſum eſt.

Sextò: quia reales naſcuntur ſine obligatione, § omnium inſt. de actio. & ſic videntur eſſe priuilegiatæ: & pertinent ad iudicia magis propriè, & iudicis officio expediuntur. Reſpondetur: nullum eſſe priuilegium, at quia naſcuntur ex iure, quod quis habet in re ſua, & in perſonalibus quoque multa expediũtur officio iudicis.

Contrariam igitur ſententiam amplexus eſt Dec. in d. rubr. exiſtimans perſonales eſſe digniores. Primò ratione ſubiecti; nam perſonæ ſunt digniores reb. l. 1. de ſtatu hom. §. fin. inſt. de iure natur. Reſpondetur: argumẽtum procedere, ſi perſona ipſa peteretur. Verum res peti ſolet; & ideò non obſtat, ꝙ contra perſonam agatur tanquam obligatam; quia etiam actio in rem dirigitur contra perſonam, aliquo modo obligatam, ad rẽ reſtituendam. Secundò ex §. 1. Inſt. de actio. vbi primò fit mentio de perſonalib. poſteà de realibus. Sed nihil eſt: quia multoties præmittuntur minùs digna, vt notat Cagn. in d. rub. ſi cer. pet num. 43. Tertiò; quia perſonalis eſt propriè actio, l. actio, de actio. & oblig. Reſpondetur; etiam actionem realem dici actionem; licet habeat etiam ſpeciale nomen; quia dicitur petitio, ſicut dicimus de adoptione, & arrogatione: nemo enim dixerit, arrogationem eſſe digniorem adoptione, licet habeat ſpeciale nomen. Et quod actio in rem ſit propriè actio, probatur, in l. pecuniæ, §. actionis verbo, de verbor. ſignif. & in l. actionum genera, de act. & obl. Quartò; quia in perſonalibus actionibus concurrit conſenſus partium, qua ratione dixit Bart. in d. rubr. actiones ex contractibus digniores eſſe actionibus ex delictis. Reſpondetur: id non pertinere ad dignitatem: & dari etiam perſonales actiones abſque conſenſu, vt putà ex quaſi contractu.

Tertia igitur eſt opinio Bolog. in d. rub. nu. 41. actiones perſonales, eſſe digniores realibus certis reſpectib. & è conuerſo; reales, digniores eſſe perſonalib. certis alijs reſpectibus. Et ſic ſe habere tanquam excedentia, & exceſſa; nam, quatenus actio perſonalis datur contra perſonam obligatam, eamq. cogere poteſt, & conſtringere, dicitur dignior reali; quatenus verò realis, latiùs ſe extendit, & dominium perſequitur, penes quemcunque poſſeſſorem, videtur q. dignior perſonali. Hanc opinionem cæteris probabiliorem eſſe iudico, & amplector.

CAPVT LXIV.

Agitur de interpretatione rub. ſi cert. pet.

EXiſtimo verba rub. ſi cer. pet. non eſſe reſtringenda ad mutuum, verum omnem actionem ſignificare, qua certam pecuniam petimus. Moiiis ex l. 1. de interrog. actio. & ex l. 1. de condic. tritic. ar. ibi; *Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione vtitur, ſi cert. pet.* Quæ fuit opinio Fulgoſij, Alberici, Iacob. Nigri, Gozadini, Decij, Iaſ. & Curt. in d. rubr. licet non negauerint, plerumque mutuum ſignificare.

Contrariam opinionem ſecuti ſunt Bart. Alex. Caſt. Ripa in ead. rub. & hæc eſt communis, vt teſtatur Cagnol. ibi n. 67. Alba n. 45. Bolog. n. 47.

Primò; quia in contractu mutui certum abſolutè continetur; quia apparet quid, quale, & quantum ſit, l. certũ, l. cum quid, ff. eod. tit. quod in alijs contractibus non contingit. Reſpondet Alex. imò in alijs contractibus, vt putà in depoſito, & commodato magis certum contineri; quia eadem res numero reſtituenda eſt. Replicat Decius; imò in depoſito, commodato, & ſimilib. contractibus, qui re contrahuntur, agi de obligatione rem reſtitui, quæ incerta eſt, l. vbi autem,

§.qui id quod, de verb. oblig. in obligatione autem rem reſtitui ſuccedit obligatio ad intereſſe re perempta, l. in re furtiua, de condict. furt. Bart. in l. ſtipulationes non diuidimus in 6. q. de verbor. oblig. In mutuo autem agitur ad dandum, & ad genus, quod perire non poteſt, l. incendium, C. ſi cert. pet. l. in ratione, §. incertæ. ff. ad leg. Falcid. Huic replicationi reſpondet Ripa in d. rub. ſi cert. pet. num. 19. quæſtionem eſſe de primitiua obligatione, in qua venit res depoſita, & commodata: non autem de ſecundaria obligatione, quæ oritur, vbi perempta eſt res commodata, vel depoſita. Conſiderata igitur primitiua obligatione, (inquit Ripa,) non minus certum eſſe id, quod venit in contractu depoſiti, vel commodati, quàm id, quod venit in contractu mutui. A

Ex quibus apparet, ſolutionem Alexandri optimè conſiſtere ad primum argumentum. Ad quod etiam reſpondent Decius, & Ripa: dato, quòd in contractu mutui res eſſet magis certa; non tamen ſequi, quod illa verba reſtringenda ſint ad mutuum, cùm ſint verba generalia: & ideo omnia comprehendant, licet maior ratio ſit in vno, quàm in alio, l. 1. §. quod autem, ff. de aleato. B

Secundò: quia, ſi illa verba. Si cert. pet. non exponerentur pro mutuo, nullus eſſet ſpecialis titulus de mutuo, quod videtur abſurdum. Reſpondet Dec. in d. rub. n. 3. & Ripa n. 19. id abſurdum non eſſe: quoniam ſub generalitate verborum iſtorum, ſi certum petatur, &c. comprehenditur etiam mutuum.

Tertiò: quia maior pars legum illius tituli loquitur de mutuo, ſed reſpondet Ripa; loqui etiam de alijs contractibus.

Quartò; quia rubrum declaratur ex nigro, l. Aurelius, §. Sticho, de liberat. leg. nigrum autem loquitur de mutuo. Et licet loquatur etiam de alijs contractibus; tamen loquitur de eis, quatenus ad mutuum poſſunt reduci, & in mutuum conuerti. Reſp. Cagn. no. 71. imò leges huius tituli tractare etiam de alijs contractibus, in quibus certum petitur, l. certum, l. certi condict. & alibi, etiam non in ordine ad mutuum. Ergo verba rub. generaliter ſunt accipienda. C

Quintò; quia verba debent potius accipi in ſpecie, quàm in genere, l. hoc legatum, cum ibi notatis per Bart. de leg. 3. ergo debent accipi de certo in ſpecie, & ſic de mutuo, Reſpondet Cagnol. nu. 73. nihil obſtare; quia hoc tantum ibi probatur, quòd verba debeant recipi per prius & ſimpliciter; non autem ſecundum quid, vt declarat ibi Bart. Quod nihil facit ad rem noſtram.

CAPVT LXV.

Si Notarius ſcripſerit in Inſtrumento; mulierem renunciaſſe S.C. Velleiano: & interrogatus, quid ſit Velleianum, neſciat: an renuntiatio valeat?

EXiſtimo, non valere renuntiationem Velleiano S.C. à muliere factam, atque in Inſtrumento ſcriptam, ſi Notarius interrogatus; quid ſit Velleianum, neſciat, ſicuti docet Alberic. in l. vlt. §. pen. ff. ad S.C. Velleian. & ſequitur Bologn. in l. 1. ſi cert. pet. ſub n. 19 verſ. quia. Ratio eſt: quia nemo intelligitur renuntiare iuri, quod neſcit; & ignorantia impedit renuntiationem, l. ſi mater, ff. de inoff. teſta. Si igitur Notarius neſciat, quid ſit S.C. Velleianum, non poteſt intelligere, nec atteſtari mulierem ei renuntiaſſe. D

Contrariam ſententiam habuit Alex. in l. ſciendum, col. 10. de verbor. oblig. motus ex doctrina Bart. in l. ſi quis in graui, §. 1. ff. ad Sillanian. vbi docet; nihil nocere parti, in cuius fauorem teſtis depoſuit, ſi ipſemet teſtis conſtitutus in articulo mortis dixerit; ſe falſum depoſuiſſe, ſequitur eandem ſententiam Fulg. ibi, & Alc. in l. 1. ff. ſi cert. pet. Reſponderi poteſt; nihil obſtare hanc doctrinam Bart. quoniam primum teſtimonium fuit iuratum, & iudiciale; meritò debet attendi poſt habita teſtis confeſſione extra iudicium facta, quę non poteſt ius parti quęſitum auferre. At in caſu noſtro nullum eſt quæſitum ius ex Inſtrumento; quia renuntiatio non valet, cùm mulier ignoraret, quid eſſet S.C. Velleianum, Notario quoque eodem ignorante.

In eadem diſputatione Dec. ſi cert. pet. nu. 13. diſtinguit in hunc modum; aut Notarius interrogatus fuit tempore confecti Inſtrumenti, quid eſſet Velleianum, & reſpondit ſe neſcire; & tunc renuntiatio nihil valet. Aut interrogatus fuit ex interuallo; & tunc valet renuntiatio. Huic diſtinctioni obſtat fundamentum ſuperiùs firmatum; quod ignorantia renuntiationem impediat. Quod quidem eſt impedimentum perpetuum; & ideo locum habet omni tempore.

CAPVT LXVI.

Teſtis de auditu an transferat in aduerſarium onus probandi contrarium?

TEſtis de auditu facit præſumptionem tanti momenti, ut onus probandi contrarium transferat in aduerſam partem, ut docet Ripa in rub. ſi cert. pet. nu 98. & hanc eſſe magis communem plurimos alios adducens ſcribit nouiſſime Farinac. in tract. de teſtibus q. 69. n. 31. Crau. hanc opinionem procedere dicebat, ubi teſtes eſſent mortui, à quibus iſte diceret ſe audiuiſſe, ut refert Menoch. de arbitr. caſu 475. Iſtis ego non aſſentior; quia nullus textus, nulla ratio hoc euincere poteſt, ut teſti ſit credendum, qui deponat de auditu alieno, cum debeat deponere de ſenſu proprio, l. teſtium, C. de teſtib.

Itaque contrariæ ſententiæ calculum præbeo, quam ſecuti ſunt Alc. in l. 1. ff. ſi cert. pet. in verſic. celſus. Benintend. dec. 67. Natta in conſ. 170. num. 2. & 3. Menoc. conſ. 98. n. 51. D. Cephal conſ. 431. n. 85. quibus ratio tutis apertiſſime ſuffragatur.

CAPVT LXVII.

An rubrica generalior nigro poſſit allegari ad deciſionem cauſſarum?

COmmunis eſt Doct. ſententia in l. 1. ff. ſi cer. pet. ſi rubrica ſit generalior nigro, id eſt, plus contineat, quàm leges poſitæ ſub ipſa, allegari poſſe ad deciſionem cauſſarum; ſi orationem habeat perfectam, Ripa in d. l. 1. n. 15. Bolog. n. 11. Cagn. n. 23. & ſeq. Vbi teſtantur, hanc eſſe communem.

Primò, ex l. 1. & rub. C de ca. ciu. cenſ. exim. li. 11. vbi gl. notat; illum textum intelligi de omni plebe, quia titulus eſt generalis. Reſpondet Curt. iun. tam rubricam, quam nigrum ibi eſſe generale; quoniam textus nigri loquitur de plebe urbana; & ſic poteſt intelligi de plebe cuiuſq. ciuitatis. Replicat Cagn. n. 26. intelligi de plebe Romana per excellentiam, ut ibi per gloſ. arg. §. ſed ius, inſtit. de iure nat. gen. & ciu. & ſic non loquitur generaliter de omni plebe. Poteſt tamen reſtringi ad plebem Romanam tùm; quia Roma eſt cōis patria, l. Roma, ff. ad municip. & quia idem ſeruatur etiam in alijs prouincijs Orientalibus, ut ibi dicitur, & not. etiam gl. ibi in rub. itaque iſtud primum argumentū euitari pōt.

Secundò adducitur rubrica, & nigrum, C. ne Chriſtian. mancip. ubi rubrum loquitur de Iudæo, hæretico & pagano; nigrum aūt ſolum de Iudæo. Reſpondet Cagnol. ubi ſupra, etiam ibi nigrum loqui generaliter de hæretico & pagano, non tantùm de Iudæo, vt patet ex illis verbis; *Vel ſectæ alterius, ſeu nationis*, ſed

ipſe

ipse Cagn. posteà nu. 30. dicit: non esse bonam responsionem, quia illa verba, *vel secta alterius*, referuntur ad mâcipium, vt sit sensus: si Iudæus Christianum habeat mancipium, vel alterius sectæ, & circumcidat eum; incurrat pœnas ibi expressas, & sic manet argumentum in suo robore. Aduertendum tamen est: quòd ille titulus continet paganos, & hæreticos, non propter rubricam generalem; sed quia de Iudæis, paganis, & hæreticis idem est constitutum à Iustiniano in l. Deo nobis, §. vlt. C. de episc. & cler. itaque Titulus ille, ne Christianũ mancip. est pars tituli præcedentis de Iudæis, vbi de illis fit specialis mentio propter pœnam.

Tertiò Cagn. n. 30. sic argumentatur: si rubrica non posset allegari ad decisionem caussarum, quando est generalior texru, frustrà esset posita tam generalis. Sed nihil est in iure superfluum, §. quibus, in prima constit. C. ergo, &c. Responderi potest: non esse nouum, vt verba generalia restringantur ex specialibus quæ sequuntur: quia præcedentia declarantur ex sequentib. l. si seruus plurium, §. fi. de leg. 1.

Quartò Bolog. adducit c. cum omnes, de constit. Respondeo ibi non allegari rubricam quòd quisque iuris, sed regulam illius edicti, quæ est in l. 1. & toto titul. & sic verbum ibi concordat cum nigro, vt dicebat Dec. hic in 4. notab.

Quintò adducitur tit. & gl. C. ne fideiuss. dot. dentur. Sed non facit ad rem nostram: quia tantum ibi glossa magna circa finem dicit: argumentum sumi posse ex titulo, quod nos non negamus. Nihil autem dicit glossa de verbis tituli magis generalibus nigro, quod possint allegari ad decisiones caussarum.

Sextò adducitur doct. Bar. in l. admonendi, col. 4. de iureiur. vbi inquit: quòd si statutum imponit pœnam non soluenti gabellam in tempore, secundum formam statuti antiqui, si illud statutum non repetitur, nihilominus locum habet pœna huius statuti. Respondet Decius sub n. 10. non adaptari; quia hoc in casu apparet de mente statuti, quòd voluit ita disponere; quod & potuit. Non sic apparet de voluntate in casu nostro: quia rubrica ponitur non ad disponendum; sed ad designandum, quod in nigro continetur.

Contrarium voluit Decius in d. l. 1. in 4. not. & Alciatus necnon Menoch. de præsumptionib. lib. 6. præsumptio. 1.

Primò: quia actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem, lege non omnis, ff. si cert. pet. sed rubrica ponitur ad designandum, quod in nigro continetur. Ergo non disponit, nisi quatenus in nigro continetur. Addit Alciatus: quòd titulus dicitur a tuendo, id est, ab iudicando, quod in auctore continetur licet rubrica dicatur, quòd rubeis literis scribi soleat.

Respondet Cagnolus sub n. 31. non operari contra intentionem agentis: quia ex verbis apparet intentio, l. Labeo, de supp. leg. Vnde cum verba id importent, absonum est dicere, quòd rubrica sit generalis contra intentionem agentis. Sed melius Bolog. n. 11. argumentum procedere in rubricis ordinarijs, quæ non habent orationem perfectam, & tantùm indicant quid in originali contineatur; secùs in rubricis, quæ habent orationem perfectam: quia egrediuntur terminos rubricæ, vt pro textu habeantur, vt per gl. in procem. 6. in verb. titulis.

Secundò mouetur Dec. sub num. 31. rubricam habere relationem ad nigrum secundum communiter accidentia: Quandoque tamen secùs esse, vt quando rubrica habet orationem perfectam: quia tunc, si plus contineatur in rubrica, illi standum est: quia auctor videns satis esse prouisum per rubricam, noluit vlterius effundere verba: & quia rubrica stat pro textu in casu isto, vt dicebat Bolog.

Tertiò adducit Decius Doct. Bart. in l. admonendi, n. 33. de iuretur. vbi scribit: si in libro instrumentorum Notarij defuncti reperitur rubrica, quæ dicit, instrumentum venditionis inter tales, postea spatium est diuisum, nihil probat: quia res imperfecta est. Respondet Cagn. n. 33. ibi ex verbis rubricæ non posse haberi certitudinem contractus venditionis, quo pretio & quibus pactis facta fuerit: quia non fit vniformiter, ut notum est. At hic habetur perfectus sensus ex oratione perfectæ rubricæ. Merito res est diuersa, & ratio diuersa.

Quartò mouetur Decius: quia ubi nigrum est generale, & rubrica specialis, attenditur nigrum, ut supra ipse notauit n. 7. ergo è conuerso: si rubrica sit generalis, & nigrum speciale debet attendi nigrum: quia tota uis in nigro consistit. Respondet Cagn. n. 34. attendi nigrũ generale: quia rubrica operatur effectum suum demonstrando, quid in nigro contineatur. Si nigrum sit generalius, attendi debet: quia sic apparet in eo dispositum. Cæterum, ubi rubrica generalis est, & nigrum speciale, si nigrum tantum attendatur, rubrica erit superflua: & sic non est eadem ratio oppositorum. Quo casu non ualet argumentum ab oppositis, ut not. Doct. in rubr. de acqu. poss.

Vltimò pro hac sententia Bologn. considerat hic aliquos titulos generales, qui restringuntur per nigrum, ut est titulus, Ne quis eum, qui in ius uocat. ne quid in flum. pub. ne quid in loco publ. ne uis fiat ei, & alij similes. Sed illud nihil est: quia fateor, ubi nigrum expresſè restringit, esse inspiciendum. At quæstio loquitur, quando nigrum non restringit expresſè, quod habetur in rubrica. Tunc igitur uidetur attendi debere rubrum, vt benè declarat Bolog. n. 13. & 14.

Quid dicendum? Mihi placet communis sententia: quia quando rubrica decidit plures casus; nigrum autem decidit unum casum, uidetur hoc facere gratia exempli, ideo exempla non restringunt regulam, §. hactenus, instit. de gradibus uel ponere illum casum tamquam magis dubitabilem, quo casu non excluduntur alij casus expressi in rubrica, gl. in l. emptor, uersic. superfluũ, de rei uindicat. Vel quia expressi sunt in nigro casus, qui sunt frequentiores, & ideo alij non censentur exclusi, gl. in Clem. 1. in uerb. Præsidentes, de rescript. Deniq. ex duobus malis minus malum est eligendum, l. quoties nihil, de reg. iur. c. nerui testiculorum, §. fi. 13. dist. Est autem hoc minus malum, quàm dicere, quòd rub. sit malè posita. Potest igitur tunc dici plus dictum fuisse & minus scriptum, argum. l. 1. §. si ex fundo, & l. quoties, §. 2. de hæred. instit.

Ex duabus igitur dispositionib. præualet pinguior, l. si te solum, de hæred. instit. facit regula, §. pen. & fin. de iur. & fact. igno. l. Titia, §. Idem respondit, de uerb. oblig. facit textus in l. admonendi, & ibi gl. in uers. constitutiones, Bar. n. 7. de iureiur. ubi statur referenti absq. relato, quando referens habet certam determinationẽ.

Facit etiam, quòd clausula præcedens est maioris efficaciæ ad influendum in sequenti, quam è conuerso, Iaf. in l. Pacta nouissima, n. 4. C. de pactis. Vltimò facit: quia negari non potest, quin res sit dubia, ex quo nigrum non ponit omnes casus, qui sunt in rubrica. Ergo debet declarari per rubricam, arg. l. Imperatores, de in diem addict. & ibi not. Et ubi lex uarios habet intellectus, restringitur ad illum qui magis conuenit rubricæ, Bart. in l. fin. §. idem quæsijt de condit. indeb. glos. in c. bonæ, de confir. util. uel inutil. Abb. in cap. ad audientiam de reb. eccl. non alien. & alibi, ut per Bologner. sub n. 16.

CAPVT LXVIII.

Statuti rubrica ita erat concepta. Filia dotata non ſuccedat, *quæritur, an generaliter intelligatur, excluſa etiam à bonis patris cum in nigro nihil diceretur, niſi de bonis matris, & auiæ.*

EXiſtimo, ex communi opinione, quę in pręcedenti capite firmata eſt, aliam quoque communem ſniam verificari, cuius auctor fuit primus Caſtr. in conſ. 8 2. lib. 2. Statuti rubr. ſic erat concepta: *Filia dotata non ſuccedat*; in nigro autem nihil dicebatur, niſi de bonis matris & auiæ, dubitatum fuit: an filia poſſet ſuccedere in bonis patris. Et reſpondit Caſtr. non poſſe: quia rubrica erat generalis comprehendens etiam bona patris. Eandem ſniam ſecuti ſunt in l. 1. ff. ſi cert. pet. Alex. Soc. Decius, Cagnol. ſub n. 41. & communis eſt teſte Bolog. nu. 18. Magis communis ſecundum Albam ibid. num. 11. & ſecundum Gozad. num. 4.

B Fundamentum eſt ſatis firmum; quoniam rubrica habens orationem perfectam, ampliat nigrum & attendi debet etiã in deciſionibus cauſſarum. Maximè: quia eſt eadem ratio reſpectu hæreditatis patris, fauor. ſcilic. agnationis conſeruandæ, et bona remaneant in familia, et dicebat Menoch. lib. 6. pręſ. 1. circa fin. Et, quia ſtatutum excludens dotatam intelligitur ab hæreditate dotantis, vt not. Bald. & Caſtr. in l. 1. C. de legit. hær. Eſt autem proprium patris officium dotare filiã, l. vlt. C. de dot. promiſſ. l. qui lib. de ritu nupt.

Contrariam ſententiam habuerunt Iaſ. Iacob. Lancell. Dec. & Rip. in d. l. 1. Gozad. n. 7. Alba, n. 22. Alc. lib. 2. Paradox. c. 18. quorum argum. ſunt ita.

C Primò: quia rubrica ſtatuti, (de qua loquitur Caſtr.) non habet orationem perfectam, cùm non declaret, à cuius ſucceſſione excludatur filia dotata. Reſpondet Dec. num 30. imò rubricam illius ſtatuti habere perfectam orationem; quia generaliter filiam excludit ab omni ſucceſſione; & verba generalia generaliter ſunt accipienda, l. 1. §. generaliter, de legat. præſtan. l. in ſtatu dem, §. fin. de milit. teſtam.

Secundò: quia quando nigrum loquitur de eo, de quo loquitur rubrum, tunc rubrum reſtringitur per nigrum, gloſ. in rubr. C. ne fideiuſſ. dot. dẽ n. gl. in Auth. ad hæc, C. de vſur. Sed in caſu noſtro nigrum expreſsè loquitur de eo, de quo rubrum. Ergo rubrum reſtringi debet ſecundum nigrum. Hoc argumentum tollit ipſe Iaſon dicens: non eſſe verum aſſumptum ex not. per gl. in l. 1. C. de c. ciui. cenſ. eat. vbi nigrum & rubr. loquuntur de eadem re, & tamen nigrum extenditur propter rubrum, ſecundum Gloſ. ibi.

D Tertiò: quia quando verba nigri ſunt obſcura, declarantur per rubrum, gloſſ. in l. 1. C. ne liceat tertio prouoc. Ergo multo magis è conuerſo verba rubricæ obſcura debent per nigrum declarari. Reſpondet Dec. negando, quòd verba rub. ſint obſcura: quia cum ſint generalia, omnia comprehendunt: ſicut lex generaliter loquens quæ non poteſt dici obſcura, alias non eſſet lex: quia lex debet eſſe clara, c. erit autem, 4. diſtin. Cagno. in d. l. 1. n. 41. ff. ſi cert. pet. vbi, quod generalis locutio eſt quid perfectum, continens omnes ſuas ſpecies. Replicat Bologn. obſcura eſſe; quia non declarant, à cuius ſucceſſione mulier excludatur, & an à ſucceſſione dotãtis, & an ex teſtamento: vel ab inteſtato. Reſponderi poteſt, intelligi ab inteſtato, & intelligi debere ab hæreditate dotantis: & ideò, ſi pater dotauerit, dicitur excluſa ab eius hæreditate. Melior tamen eſt reſponſio Ripæ, ponderantis verbum filia, de quo fit mẽtio in rub. quia (inquit) eſſe correlatiuum tam ad patrem, quàm ad matrem & ſic, iuxta regulam correlatiuorum, videtur loqui etiam de patre, arg. l. fin. C. de indict. vid. toll.

Quartò mouentur: quia verba illius ſtatuti ſunt in-

A definitè prolata; ſed in materia odioſa indefinita non æquiualet vniuerſali, Alexand. in l. 2. C. de liber. & poſth. ſtatutum autem eſt odioſum reſpectu maſculorum, Bald. & Salic. in l. 2. C. de in ius vocan. Reſpondet Dec. locum habere illud, quod dicitur de indefinita, in diſpoſitione hominis: ſecùs in diſpoſitione legis; quia ſemper æquipollet vniuerſali, Bart. in l. ſi pluribus, de leg. 2. Item, nec videtur verum, quod ſtatutum illud ſit odioſum, quinimò eſt fauorabile inſpecta ratione principali ſtatuti, et bona conſeruentur in familia maſculorum, vt per Decium in d. l. 2. C. de in ius vocan. Cagn. in d. l. 1. n. 44.

5. Mouentur ea not. per Bald. in l. defunctus, C. de ſuis & legit. vbi dicit, ſtatutum filium priuans à ſucceſſione legitima, cenſeri quandam exhæredationem, l. qui volebat cum gl. 1. de hæred. inſt. ſed exhæredatio debet fieri nominatim, l. 1. de liber. & poſth. Ergo ſtatutum de quo agitur, non excludit ab hæreditate B patris; quia de ea nihil nominatim eſt dictum. Reſpondet Dec. atq. procedere in exhæredatione facta ab homine; ſecùs autem in ea, quæ facta eſt à lege; quia reputatur extranea filia, quæ ab inteſtato excluditur, & non debetur ex legitima. Replicat Bolog. non per hoc tolli, quin ſit odioſa, & quod in dubio non præſumatur facta. Sed reſpondetur imò eſſe fauorabile, vt ſup. inſpecta intentione principali ſtatuentium, & conſtare de mente per verba generalia, cum ſit eadem & maior ratio in patre, quam in alijs; & de patre non potuit eſſe dubium ſicut de alijs, ideò de alijs eſt expreſſum; non de patre.

Sextò adſertur: quia ſtatutum debet intelligi, vt aliquid operetur vltra ius commune cap. cum dilectus, de conſuet. Bart. in l. omnes populi, in 3. q. de iuſt. & iure; poſtea debet reſtringi, vt quantò minùs fieri poteſt, lædat ius commune, l. 2. C. de noxal. Sed ſtatutum, de C quo ſup. excludens filias à ſucceſſione matris & auiæ multum operatur vltra ius commune. Ergo reſtringi debet, vt vlterius non lædat ius commune: & ſic non excludat filiam à ſucceſſione patris contra l. Maximum vitium, C. de lib. præter. Reſpondet Dec. quod dicitur de ſtatuto, quod ſit reſtringendum, ne lędat ius commune; locum habere; niſi eſſet ſuperfluum; quia tunc non debet reſtringi, arg. c. ſi Papa, de priuil. in 6. l. ſi quando de leg. 1. Sed uerba generalia ſtatuti eſſent ſuperflua niſi excluderent etiam ab hæreditate patris. Ergo generaliter ſunt accipienda, ut excludant etiam ab hæreditate patris. Reſpondet Bologn. non eſſe ſuperfluum: quia excludit ab hæreditate matris, & auiæ contra ius commune. Sed nihil replicat, ad conſiderationem Decij, quod uerba ſtatuti tam generalia eſſent ſuperflua: ideò illa ratio adhuc uiget, quòd generaliter ſit ſtatutum accipiendum propter generalitatem uerborum.

D Septimò mouetur Ripa hic: quia non eſt eadem ratio prohibendi filiam dotatam à ſucceſſione patris, quę eſt prohibendi eam à ſucceſſione matris, & auiæ: nam filia uolens ſuccedere patri una cum alijs fratribus tenetur dotem conferre, l. quoniam nouella, C. de inoff. teſt. l. ut liberis, C. de collatio. ideò non ita læduntur fratres, ſi filia ſuccedat patri, quantum, ſi filia ſuccederet matri: quia tunc non tenetur conferre dotem ſibi datam à patre ſuo, l. ſi filiam, C. de coll. l. ult. eod. tit. Reſpondet Cagnol. ſubſtantiam conſiſtere in patrimonio patris; non autem matris; & ideò maiorem eſſe læſionem fratrum ex eo, quod filia ſuccedat patri quam matri, licet ſuccedendo patri conferat dotem.

Octauò Gozad. argumentatur ſic: verba obſcura declarantur per uerba clara poſita in alia par. l. utrum, pet. hær. iuncta l. item conueniunt, §. item placere, eod. tit. Sed uerba indefinita ſunt obſcura, l. ſi ſeruitus, de ſeruit. urb. ſed & hęc uerba ſunt indefinita, q̃d filia dotata

tata non ſuccedat: igitur debent declarari per nigrum ſequens, quod loquitur de ſucceſſione matris & auiæ. Et eodem argumento vtitur Alba hic, numer. 22. Reſponderi poteſt: indefinitam legis æquipollere vniuerſali, leg. ſi pluribus, ff. de leg. 2. & ideo non eſſe obſcuram; ſed claram, vt ſupra dictum eſt ex Decio & Cagnol. Et licet hoc ſit per interpretationem legis parum refert: quia verba ſtatuti recipiunt interpretationem à iure communi, l. 2. C. de noxal. Non obſtat regula vulgaris, quæ ſolet allegari: qui generaliter loquitur, obſcurè loquitur, l. ita fidei, de iure fiſci: quia debet intelligi ſecundum terminos dict. leg. quando quis loquitur de fundo, eſt obſcurum legatum propter diuerſitatem fundorum; ſecus, quando oratio eſt generalis: quia omnia comprehendit.

Nouo idem Gozad. adducit rub. & l. 1. ne vis fiet ei, vbi generalitas rubricæ reſtringitur per nigrum ſequens, & adducit etiam ſimiles alias rubricas & alij adducunt tex. in c. ad audientiam de cleric. non reſiden. Nihil eſt: quia ibi rubrica expreſsè per nigrum declaratur; quo caſu nemo negat, quin attendi debeat nigrum; vt per Cagn. hic num. 43. & ibi dicit exceptionem factam de reſidentibus in ſeruitio Pontificis, vt in cap. ad audientiam, fuiſſe expreſsè ibi factam in nigro.

CAPVT LXIX.

Defenditur opinio Bartoli, quæ communis eſt in l. ſi cer. pet. videlicet: teſtem probare, ſi deponat ſe ſcire; quia ſit vicinus, vel conſanguineus.

Dixit Bart. in l. 1. ff. ſi cert. pet. bonam eſſe rationem teſtis de cauſſa ſcientiæ interrogati, cum dicit: ſcio, quia ſum vicinus, vel conſanguineus. Quæ ſententia eſt communiter recepta, vt teſtatur Cagn. ibi, num. 108. latiſſimè adductis authoritatibus. Farinacius de teſtibus q. 70. in princip. Quamuis quam non defuerint, qui contrariam regulam conſtituendam eſſe exiſtimarunt; velut Ripa in d. l. 1. nume. 14. & Cagnol. num. 117. Alij totum hoc arbitrio iudicis remiſerunt: velo. i. Alc. in d. leg. 1. num. 8. & Bolog. num. 31. & 33.

Sed non eſt recedendum à communi ſententia. Verum, vt hæc quæſtio exactius diſcutiatur tria præſtabimus; primum fundamentum communis opinionis aperiemus; ſecundo difficultates examinabimus, quæ videntur eſſe contra hanc communem concluſionem; tertio declarabimus, quo pacto ſit intelligenda.

Fundamentum igitur conſiſtit in leg. octaua, ff. vnde Cognati; in l. de tutela, C. de in integr. reſtitu. in leg. filium, de his qui ſui vel alien. iur. in l. ſi ita, de fund. inſtrum. in cap. quoſdam, & c. ſeq. de præſump. in c. cum dilectus, de purg. com. Hoc eſt fundamentum communis huius ſententiæ.

Venio ad difficultates, quarum prima eſt ex Baldo in d. l. 1. in 2. lect. ff. ſi cert. per. Teſtis debet deponere de his, quæ percepit ſenſu corporeo, leg. Teſtium, C. de teſtibus. Ergo iſta ratio non eſt bona: quia ſum vicinus &c. quia non eſt per ſenſum corporeum. Nec videtur bona reſponſio Bartoli dicentis: teſtem hoc in caſu implicitè deponere per ſenſum corporeum; quia cum ſit vicinus, vel conſanguineus, potuit videre & audire: quia hoc non videtur iure probari ſecundum Baldum. Sed huic difficultati occurrit Bolog. in d. l. 1. numero 35. dicens, immò iure probari, quòd hoc in caſu teſtis dicatur implicitè deponere per ſenſum corporeum, argum. l. ſi ita, in fin. de fund. inſt. &c. in ca. cum dilectus, & ibi gloſ. in ver. vicinæ, iuncta cap. cum

A qui, de purgat. cano. & c. poſtquam, & c. ſcriptum, de elect.

Alteram contra Bartoli ſententiam difficultatem excitarunt Aretin. & Iaſ. ex doct. Bart. in l. Labeo, in fine, ff. de ſupp. leg. vbi inquit, Bartol. non eſſe bonam rationem teſtis; qui interrogatus de fama dicit: ſcio famam eſſe hac de re: quia ſic communiter tenetur; quia non deponit per ſenſum proprium, ſcilicet, ſe audiuiſſe, &c. tamen ſi publicè dicebatur: præſumptio eſt, quòd ipſe teſtis audiuerit, vt notat gloſ. in l. ſi tutor petitus, C. de peric. tutor.

Reſpondet Decius in dict. leg. 1. no. 68. Bartolum loqui, quando teſtis deponit impersonaliter, ſecus in propoſito: quia teſtis deponit ſe ſcire: quia vicinus &c. Non placet Cagnol. num. 112. in d. l. quia etiam ibi teſtis deponere videtur de ſe implicitè: quia in depoſitione teſtis dicentis, famam eſſe, quia ſic communiter tenetur, implicitè, continetur depoſitio ipſius teſtis de

B ſe ipſo, quod audiuerit. Secundo igitur loco reſpondet Curt. iunior verba illa: *publicè tenetur, vel publicè dicitur*, verificari poſſe etiam, quando à duobus, vel tribus dicitur: ideò non exprimitur tale quid, propter quod iuris præſumptione deueniatur ad ſenſum corporeum. Non placet Cagnolo hæc reſponſio; quia Bartolus loquitur de teſte deponente communiter dici, &c. conſequenter publicam eſſe vocem, &c. famam. Ex quo ſequitur, præſumptionem oriri, ipſum quoque teſtem audiuiſſe. Tertio igitur loco Cagnolus ipſe reſpondet; Bartolum in dict. leg. Labeo, malè locutum fuiſſe. Quæ reſponſio mihi non ſatisfacit, nec ſatisfacere poteſt: quia ſic facile eſſet euitare doctrinam Bartoli & aliorum, quod fieri non debet, niſi quando communiter à Doctorib. eſt reprobata. Vltimo igitur loco reſpondet Bologner. Bartol. loqui, quando teſtis deponit de fama publica, ad quam probandam multa requiruntur & illud inter cætera, vt

C teſtis dicat, à quibus audiuerit: potuit enim ab vno audiuiſſe publicè id dicente, quod non ſufficit, ut declarat idem Bartol. in l. de minore, §. ſi plurium, num. 22. ff. de quæſtio.

Tertia difficultas eſt ex doctrina eiuſdem Bartoli, in leg. is poteſt, colum. 5. ff. de acquir. hæred. vbi dicit ad probandam mortem alicuius non ſufficere, quod teſtis dicat, ſcio: quia ſum vicinus, niſi etiam ſit fama in vicinia. Reſpondet Decius in dict. leg. prima num. 58. Bartolum ibi non bene loqui: quia, ſi eſſet fama in vicinia teſtis præſumeretur, id ſcire, ex tali fama; non autem ex vicinitate, cap. 1. de poſtula. præl. c. vltim. qui matr. accuſare poſſ. Non placet hæc reſponſio, ea ratione qua ſupra vſi ſumus; & ideo ſecundo loco Cagnol. reſpondet in d. l. 1. numer. 129. Bartolum ibi loqui de actu momentaneo, qui non tam facile poteſt peruenire ad aures vicinorum, Nihil eſt: quia à communiter accidentibus videmus, mortes vicinorum,

D plerumque ſciri à vicinis. Tertiò reſpondet Bologn. Bartolum eſſe intelligendum, quando non erat mortuus in vicinia, quod eſt diuinare. Item reſpondet: Bartolum non loqui de teſte dicente ſe ſcire: quia vicinus, ſed de teſte deponente de ſcientia alterius, videlicet, quod aliquis ſcierit mortem alterius & interrogatus de cauſa ſcientiæ adducat hanc rationem: quia ille vicinus erat. Non eſt bona ratio iſta (inquit Bartol.) niſi probetur, quod de tali morte erat fama publica in vicinia. Non placet Menoch. libr. 6. præſ. 24. numero 17. quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter illum caſum: quando, ſcilicet, teſtis deponit de ſcientia alterius: quia erat vicinus, & de ſcientia propria ipſius teſtis: quia ſic vicinus. Reſpondet igitur ipſe poſt Marantam in dict. leg. is poteſt, Bartolum loqui de actu momentaneo, ut eſt mors alicuius: nam potuit quis eſſe mortuus in vicinia, id vicinis probabiliter ignorantibus, niſi patefactum fuerit à perſonis

habitan-

habitantibus in domo ipsius defuncti. Atque ita sit co- [A] gnitum in vicinia.

Hæ sunt præcipuæ difficultates contra communem sententiam: nam aliam leuem difficultatẽ tollit egregiè Decius in d.l.1.num.67. quamobrem & secundum, quod pollicitus sum, videor executus.

Restat vltimo, quo pacto hæc conclusio communis accipienda sit, qua in re constituo duos casus. Primus est in his, quæ communiter cadunt in notitiam vicinorum, & coniunctorum, prout sunt actus qui habent tractum temporis successiuum. Alter casus est in his actibus, qui non habent tractum temporis successiuum, sed momento temporis expediuntur.

In primo casu locum habet communis sententia. Ideo vicinus vel coniunctus præsumitur scire vicinum vel coniunctum esse diuitem vel pauperem, leg. si ita, de fund. instru. Item præsumitur scire, an coniunctus, vel vicinus sit bonæ vocis, conditionis, & famæ, Felin. in cap. litteris, de præsumpt. text. in cap. [B] postquam de elect. & cap. cum dilectus de purgat. canon. Item præsumitur scire cuius ætatis sit vicinus vel coniunctus, vt per Alexand. in dicta lege prima nume. 18. Menoch. lib. 2. præsumptio. 51. Farinac. vbi sup. numero 171. Item, quod sit filius vicini vel consanguinei, argum. leg. filium de his qui sui, vel alien. requiruntur tamen alia adminicula, vt per Menoch. de arbitrar. cas. 89. Item, quod vicinus sit hæreticus in genere, Socin. hic numero 17. Ripa numero 55. declarat, vt per Farinac. de testibus quæst. 70. num. 178. Item, quod vicinus, vel coniunctus possideat, Ripa in dict. leg. 1. numer. 55. Menoch. de recup. rem. 16. numer. 50. Item, quod exercuerit iurisdictionem, Purpur. hic numero 172. Et quod sit fœnerator, numer. 103. Item, quod sit blasphemator, Bologn. in d.l.1. nume. 31. Item, quando deponunt de habitatione alicuius in loco, Farin. vbi inf. num. 170.

Falluntur hæc omnia, quando probatur vicinum, vel coniunctum non conuersari solitum, Socin. consil. 187. numero 22. libr. 2. vbi dat cautelam istam, vt probetur quod conuerserint. Decius in d.l.1. num. 59. Ripa numero 46. Secundo fallit in vicino, & coniuncto, qui fuerint absentes tempore actus, Ripa in dict. l.1. num. 46. Bologn. numer. 32. item posset esse. Tertiò fallit in vicino, vel coniuncto nouo, Alexand. in l. is potest, nu. 14. de acquir. hæred. Menoch. de præsump. 24. lib. 6. nu. 40. Quartò fallit, si minor deponat de ætate maioris, Ripa vbi sup. num. 46. in fin. Quinto fallit, quando deponit super negatiua, Ripa in cap. cum ecclesia. nu. 88. de cau. possess. & propr. Menoch. vbi supra, nu. 43. Sextò fallit, quando resultaret delictum; nam ad euitandum præsumitur error potius, & ignorantia, Ruinus consil. 100. num. 5. lib. 3. Septimò fallit generaliter, quãdo coniecturæ sunt in contrarium, Menoch. vbi supra, numero 42.

In secundo vero casu secus est dicendum, & ideò vicinus, vel coniunctus non præsumitur scire facta vicini, vel coniuncti; vt puta, quod celebratus fuerit contractus, quod commissum fuerit delictum, Bart. in d.l.1. num. 9. Decius, numer. 58. Castr. in fin. Ripa nume. 46. Nec præsumitur scire, testamentum fuisse conditum à vicino, vel coniuncto, Ripa in d. leg. 1. numero 46. Nec adulterium vel stuprum, Purpurat. in d.l.1. nume. 118. Decian. consil. 93. numer. 100. lib. 2. Nec sententiam latam contra vicinum, Decius consil. 445. numero 35. Illud denique notandum est: quod ista præsumptio, quòd sit vicinus, vel coniunctus non est sufficiens ad torturam, Bald. in l. 1. versicul. ego credo, Cod. de his, qui latrones, Menoch. vbi supra numero 45.

CAPVT LXX.

Si delictum probetur per testes dicentes se scire: quia vicini &c. qualis pœna sit imponenda.

EXistimo pœnam leuiorem imponendam esse; Quæ fuit sententia Alexan. in l.1. ff. si cert. pet. & Aret. num. 15. vers. Prima conclusio, nec non Cagnol. num. 125. & Bologn. num. 35. Licet Decius pœnæ ordinariæ locum esse existimauerit, in eadem l.1. si cert. pet. & Menoch. lib. 1. de pręs. quæstio. 97. sub numero 14.

Moueor ego: quia ex præsumptionibus nemo condemnandus est in pœnam ordinariam tradit: Imol. in cap. quia verisimile, de præsumpt. Abbas, & Decius in cap. tertio loco, de probatio. Maxime quoniam hæc ratio: quia sum vicinus, non concludit in delictis, quæ [B] habent caussam momentaneam, vt supra dictum est in præcedenti capite. Ratio autem in teste est anima ipsius testimonij, l. solam, C. de testibus Bursat. consilio 87. numero 51. & consil. 70. num. 28. Et debet esse manifestior dicto. Farinac. de testibus quæst. 69. nume. 6. & numero 28. in quibus locis omnes fatentur vsque adeo spectandam esse rationem scientiæ in testibus, at si ea sit minus idonea, depositio nihil probet: quamuis depositio ipsa certa sit & clara, & è conuerso: si ratio bona sit & idonea depositio valeat & probet, licet non sit clara & certa per verbum scio; sed per verba dubitatiua.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Primum: quia ista ratio: quia sum vicinus, sit approbata à iure secundum Bartoli doctrinam in d. leg. 1. ff. si cert. petat. Quia negatur: approbatam esse, vbi agitur de probatione delicti Secundum: quia præsumptiones iuris dicuntur esse liquidissimæ probationes, leg. licet, de [C] leg. 1. l. si quis locuples, in fine, de manumiss. vind. Respondetur: id non habere locum in delictis ad effectũ, vt sit locus pœnæ ordinariæ. Tertium sumitur ex lege prima C. de sicar. Respondet Bologn. in d.l.1. numero 35. Textum illum loqui, quando constat de facto, id est, homicidium esse commissum: quia tunc præsumitur, malo animo commissum: nisi probetur contrarium iuxta regulam cap. 1. de præsumpt. sed in proposito nostro non constat de delicto, & negatur delictum fuisse commissum. Postremum argumentum est: quia hęc videtur esse probatio vera, & non præsumptiua; cum testes deponat de ipso delicto immediatè. Respondetur: rationem testis attendi debere, & magis spectandam esse, quam dictum eius. Cùm igitur ratio, hoc in casu, parum concludat; consequens est, vt dictum etiam aliqua ex parte fidem amittat, saltem quantum ad pœnæ ordinariæ con- [D] demnationem.

CAPVT LXXI.

An creditor propriè dicatur, cui debetur aliquid ex legato, vel ex maleficio?

COmmunis est sententia Doctorum in leg. 1. ff. si cert. peta. creditorem impropriè dici eum, cui ex legato, vel ex maleficio aliquid debetur, Bartol. ibi, Castr. Alex. Ias. Socin. Alciat. Cagn. nu. 235. vbi dicit esse communem. Primò quia creditor dicitur à credendo, quia fidem alterius sequitur, vt in d. leg. 1. habetur. Quod quidem non verificatur in tali creditore, secundo probatur ex leg. ficum, de verb. sign. dum tex. dicit, creditoris loco accipi, ergo impropriè. leg. Mercis, in 2. & ibi glos. de verbor. sign. licet ex com-

muni

muni vſu loquendi creditor dicatur, l. creditorum ap- A pellatione, l.creditur,l.creditores,de verb.ſignifi.l. creditor autem eod.tit.

Contrariam ſententiam habuerunt Decius,Salycet. Fulg.& Ripa in d.l.1.Moti ex d.l.creditur, & l.creditores. Reſpondetur, intelligendum eſſe impropriè, & ſecundum communem vſum loquendi, & conſiderato etiam effectu:quia ſcilicet,ei debetur. Quæ reſponſio valet etiam ad omnes alias leges,quæ adferuntur, videlicet ad l.1.C. qui manum. non poſſ.§.penul.inſti. de pæn.tem. litig. cum alijs adductis per Decium ſub num.91.& per Ripam ſub num.90. Nam iſtis omnib. reſpondetur vt ſupra. Vide Alex.in d.l. 1.nume.39.& Cagnol.num.237.& num.240

CAPVT LXXII.

Si cui priuilegium conceßum ſit, vt non poßit conueniri à ſuis creditoribus intra quinquennium, an poßint conueniri à creditoribus ex delicto? B

EX his, quæ dicta ſunt in præcedenti capite, apparet: creditorem ex delicto non eſſe propriè creditorem & per conſequens non contineri in priuilegio conceſſo alicui,ne poſſit conueniri à ſuis creditoribus intra certum tempus: quia priuilegium iſtud eſt contra ius commune,c.priuilegia,3.diſtin.& conſequenter, ſtrictè & propriè intelligendum eſt, l.ſi quando,C.de inoffic.teſtamento, l.2.§ merito, & §.ſi quis à principe, ne quid in loco publ.c.ſuper eo,de off.deleg. Maximè: quia gratia dicitur eſſe ſubreptitia, ſi non ſit facta mentio de delicto, arg.c.poſtulaſti, & ibi gloſ.in verb.non ita deleui,de reſcript. iuncta l. Bona fides,ff. depoſ. Maximè: quia odioſa non cenſentur eſſe comprehenſa in generali diſpoſitione,l.Lucius,§.Lucius,de leg.2.l.Aurelius §.Caius,de lib.leg. Nec parui momenti præiudicium hoc eſſe videtur, iuxta l. Quoties, C.de C precib imp.offer.quia: ſi interim debitor ipſe moreretur,actio eſſet extincta, §. Pœnales,inſtit.de perpet.& tempor.actio. Atque ita docuerunt in l.1. ff.ſi cert.pet. Alex.Cynus,Alciatus,Bolog.& Ripa,& alij communiter,vt teſtatur ibi Cagn.n.258.Moti ex l.ſed ſi ex parte §.quanquam.ff.quod cum eo,& ex l.ſi reum de re iudicata,& §.quod ſi delinquentes,in authent.de mandat. Princip. Sed Decius in eadem lege nec non etiam Ripa,num.97.& Bolog.n.50.iſtis textibus occurrunt varijs reſponſionibus. Quamobrem exiſtimo,rationes ſuperius adductas fortiores eſſe,& validiores.

Contrariam ſententiam habuit Rom.quem ſecutus eſt Dec.numer.94.in d.l.1.eo argumento,quòd Principum beneficia latiſſimè ſint interpretanda,leg.Beneficium, de conſtit. Princ.c.cum dilecti, de donatio.Sed reſpondet Cagn.in d.l.1.num.252.& ibid.Alex.nume. 44.& Ripa,nu 97.id eſſe verum, quatenus beneficium tendit in præiudicium concedentis:ſecus verò, quatenus tendit ad præiudicium alterius: quia reſtringendum eſt; non autem latè interpretandum,l.quod vero, D ff.de legibus,c.ex tuarum,de autor.& vſu pal. Nec obſtat, quod dicebat Decius: prærogatiuam, quæ carceratis datur,competere etiam carceratis ex delicto,gloſ. 12.q.2 §. ſacrorum. Quia reſpondet Cagn.in d.l.1.nu. 262.viſitare carcere mancipatos, & illos liberare, opus eſſe pietatis,& ideo ordinata ad liberationem captiuorum competere etiam iſtis carceratis ob delictum. Quæ reſponſio eſt etiam Bolognet. num.51.Hæc autem ratio ceſſat in propoſito noſtro,vt patet.

CAPVT LXXIII.

De ſignificatione huius verbi creditum.

SCribit Bart.in l.1.ff ſi cert.petat. & cum eo Ang. & Caſtren. Aretin.Socin.& alij communiter ſecundum aliquos teſte Cagn.ibid.nu.265. ſignificationem huius verbi (creditum) nõ eſſe immutatam ex communi loquendi, ita vt complectatur creditum etiam ex legato vel maleficio; quemadmodum de creditore ſuperius dictum eſt & Bartoli fundamentum eſt in d. leg. 1. ibi: *Ideo rerum creditarum titulum præmiſit: omnes enim contractus quos alienam fidem ſecuti inſtituimus complectimur.* Et rurſus ibi: *Nam cuicunque rei aſſentimur alienam fidem ſecuti mox recepturi,qui ex hoc contractu credere dicimur.* Cum igitur hæc ratio nõ habeat locum in credito prouueniente ex legato vel maleficio: neque enim his alienam fidem ſequimur, merito videtur dicendum, crediti ſignificationem non eſſe referendam ad illud, quod nobis ex legato vel ex maleficio debetur.

Sed hæc ſententia reijcienda eſſe videtur & nullatenus amplectenda, magiſque communiter approbatur teſte Cagnolo in d.l.1.num.266.& Bologn.numero 46. Fundamentum eſt præclarum & ſolidum. Primò in l. ſi is cui, §.Flauius, ff.de ſolutio.vbi appellatur creditũ, quod debetur ex cauſſa fideicommiſſi. Et ſi enim illud verbum in alio verificari non poterat; ſatis tamen eſt, vſurpatum fuiſſe à Iuriſconſulto ad ſignificandum creditum ex cauſſa fideicommiſſi: quia ex hoc infertur, naturam & proprietatem huius verbi alteratam eſſe ex communi vſu loquendi, Secundò: quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter creditum & creditorem: vtriuſque enim eadem eſt alluſio & deriuatio à verbo credere. Cum igitur creditoris appellatio- C ne veniat ſaltem impropriè & ſecundum communem vſum loquendi etiam creditor ex legato & maleficio, nihil proponi videtur, cur non idem ſtatuendum ſit de verbo creditum. Nec obſtat textus in dicta lege prima quia fateor ſecundum propriam ſignificationem id verum eſſe; ſed hic quæſtio eſt de impropria & de communi vſu loquendi, non autem de proprietate ipſius verbi.

CAPVT LXXIV.

An creditor dicatur, cui ſub conditione, vel in diem debetur?

EGregia quoque diſputatio eſt & controuerſia Doctorum eadem leg.1. ſi cert. pet. an propriè dicatur creditor is, cui ſub conditione vel in diem aliquid debetur. In qua, vt breuiter me expe- D diam, communem ſententiam veriorem eſſe exiſtimo,quæ negat propriè dici creditorem. Ita Bartol.in d. leg. cuius ſententia communiter recepta eſt, vt teſtantur ibi Decius, num.96.Cagnol.numer.274.& Ripa,num.100.

Primò:quia debitor dicitur à quo inuito pecunia exigi poteſt l.debitor,de verb ſign.ſed pendente die vel conditione exigi non poteſt, l.cedere diem de verb.ſignif.ergo non eſt propriè debitor ille qui ſub conditione uel in diem eſt debitor, conſequenter neque creditor dici poterit cui debetur in diem uel ſub conditione. Nam debitor & creditor ſunt correlatiua, nec vnum ſine altero eſſe poteſt.

Secundò: probatur hæc ſententia ex lege conditionales, de uerb. ſign. ubi appellantur creditores ſecundum quid. Ergo non propriè ex doct.Bartol.in leg.Lucius,§. quæſitum, de leg.3. Nec ualet reſponſio Ripæ in dict.leg.1. nu.101. dicentis argumentum procedere de ſecun.

de ſecundum quid ad ſimpliciter, quando ſecundum quid non aduerſatur ſuo ſimplici. l. ſi ſeruus pœnæ, ff. de manumiſſ. conditio autem & dies non repugnant credulitati, à qua deriuatur creditor, vt in d. l. 1. ff. ſi cer. petat. Item alia reſponſio eiuſdem Ripæ, quod primum argumentum procedat reſpectu exactionis; non autem quantum ad vim, & ſignificationem verbi. Non obſtant (inquam) reſponſiones iſtæ; quia conditio, & dies faciunt, vt actio nulla competat ſaltem cum effectu, & conſequenter, vt aliquis non ſit creditor verè, & propriè; ſed tantummodo qualificatè, & ſecundum quid; ideo dicitur creditor conditionalis, & iſta qualitas impedit effectum rei, licet non ſit contraria penitus & abſolutè deriuationi huius verbi creditor, quia verum eſt, credulitatem interueniſſe, ſed tamen ſub conditione, vel in diem; conſequenter, non eſt pura, & mera credulitas; ſed qualificata, & conſequenter qualificatum facit creditorem.

Tertio confirmatur hæc ſententia ex §. ex conditionali inſtit. de verb. oblig. dum ibi dicitur: *Spes eſt debitum iri*, & ex l. 1. ff. ſi cer. pet. ibi: *mox recepturi*. Nã vbi conditio ineſt obligationi non eſt certum quod creditor ſit recepturus. l. is cui, de verb. & oblig. Quartò confirmatur ex l. quis reum, §. idem Iulianus, & l. Videamus de liber. leg. & ex l. ſub conditione, de condict. indeb. vbi datur repetitio pro debito ſoluto ante conditionis euentum.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt in ead. l. 1. Rip. Fulgoſ. Picus. & Alciat. Quorum fundamentum eſt in l. Creditores cum l. ſeq. de ver. ſig. & in l. creditor autem is, eod. tit. & in l. is cui, de actio. & oblig. Et quia creditores iſti differunt à puris per plus, & minus, §. plus, inſtitut. de action. Ergo non differunt ſubſtantia, l. vlum, de fund. inſtruct. Reſponderi poteſt: creditores quidem dici, ſed impropriè, vt probant textus allegati: & differre à veris & proprijs creditoribus qualitate iſta, quæ videtur eſſe ſubſtantialis; quia conditio, & dies impediunt exactionem & effectum.

Tertia fuit opinio Decij diſtinguentis; creditorem non dici reſpectu exactionis; alias ſecus. Quę diſtinctio non placet Bolog. n. 53. quia hoc modo eſſet creditor & non eſſet.

Quarta eſt opinio eiuſdem Bolognetti aliter diſtinguentis numero 54. Aut conditio omnino extitura eſt, & dicitur propriè creditor: quia purum dicitur id, quod debetur ſub conditione omnino extitura, l. ſi pupillus, §. qui ſub conditione, de nouatio. Aut conditio non eſt omnino extitura, & non dicitur creditor. Sed non eſt recedendum à communi opinione ſupradicta (non reiecta tamen hac diſtinctione Bolognetti, quæ cum ea concordat.) Quoniam is creditor dicitur, qui actionem habet, l. is cui, de action. & obligat. ſed ante conditionem non oritur actio, l. cedere diem, de verbo. ſign. Ergo ante conditionem non poteſt dici creditor. Fateor, ſi verba non poſſint aliter verificari, quam in creditore conditionali, tunc appellatione creditoris contineri conditionales creditores, vel in diem, vt reſpondit Dom. Cephal. conſilio 14.

Quid verbis opus eſt? audiamus verba Vlpiani optimi imprimis magiſtri. *Is, cui ſub conditione legatum eſt, pendente conditione non eſt creditor, ſed tunc, cum extiterit conditio, quamuis eum, qui ſtipulatus eſt ſub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem eſſe. Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel ciuilem habent (ſic tamen ne exceptione ſubmoueantur)* l. is cui, de oblig. & act. Vides hic duo contineri. Primum creditorem eum eſſe, cui competit actio; ſed ante euentum conditionis actio non competit, d. l. cedere diem de verb. ſignif. Ergo ante conditionem non eſt credi-
A tor. Placet tamen, creditorem dici videlicet aliquo modo impropriè, largè, & quando verbum creditor non poteſt aliter verificari. Vide insuper, creditorem eſſe eum, qui non poteſt exceptione aliqua ſubmoueri, ſed ante diem obſtat exceptio, d. l. cedere diem. Ergo ante diem non eſt creditor verè & propriè.

CAPVT LXXV.

An mulier amittat dotem propter oſculum impudicum?

CElebris eſt controuerſia inter Doctores in rubr. C. de edendo, an mulier propter oſculum luxurioſum dotem amittat, quam ego hic diſcutiendam putaui eodem ferè apparatu, atque eadem methodo, quibus vti ſoleo in publicis prælectionibus.

Vna eſt opinio, dotem amittere, ita Bald. in c. tuæ de procura. Curt. iun. in d. rubr. num. 15. Bolog. ibidem, num. 55. Rip. in rub. de iudicijs, nu. 26. Clar. in §. adulterium; num. 16. & multi alij apud Menoch. de arbitrar. in addition. nouiter impreſſis ad caſum 287. ex quibus multi dicunt, hanc eſſe communem opinionem.

Pro hac ſententia Baldus adducit textum in cap. 1. quib. mod. feud. amitt. Vbi vaſallus amittit feudum, ſi cum vxore domini ſui turpiter luſerit. Reſpondet Decius, in eadem rubrica, illum textum eſſe intelligendum, quando ex illo turpi luſu adulterium præſumeretur. Non placuit hæc reſponſio Pyrrho Alfano in eadem rub. n. 29. quia textus ibi priuat vaſallum, etiam, quando adulterium committere tentauit: licet non commiſit, vt patet ex illis verbis; *Vel concumbere*
C *ſe extreuerit*.

Secundò igitur loco reſpondet Decius, rationem eſſe differentiæ inter caſum illum, & noſtrum: quia deciſum eſt in cap. 1. §. porrò, quæ fuerit prim. cauſ. benef. amitt. vaſallum priuari feudo ſi grauem intolerit iniuriam domino ſuo, quod videtur verificari in huiuſmodi oſculo & turpi luſu. Sed non ita generaliter deciſum eſt in vxore, vt ſi iniuriam fecerit marito ſuo priuetur dote. Hæc reſponſio non placuit eidem auctori: quia verba textus in §. porro, de atroci iniuria exponi debent pro iniuria verbali, ſicut exponuntur in cap. vlt. de donatio. & ibi Abb. circa princ.

Tertio igitur loco idem Decius in rubr. de iudicijs, dicit, pro reſponſione, differentiam eſſe inter feudum & dotem; quia ſi mulier amittat dotem, dicitur damnum pati: quia dos eſt proprium patrimonium mulieris, l. 3. §. ſed vtrum, de minor. At feudum
D eſt beneficium quoddam & ſic lucrum eſt. Vnde non eſt par ratio eius, cui damnum fit & qui lucrum amittat, l. vlt. C. de codicill. Non placet eidem auctori, quia vbi lucrum eſt iam acquiſitum, idem iudicatur de eo, quod iudicatur de damno. l. 1. §. ſi quis propter. & ibi gloſſ. in ver. integrum, ff. de ſun. actuque priua.

Quarto igitur loco Curt. iun. in eadem rubr. C. de eden. num. 24. reſpondet: argumentum ſumi non poſſe ex libris feudalibus ad deciſionem aliarum quæſtionum, non feudalium, vt docet Bart. in l. vt iuriſiurandi. §. ſi liberi, circa princ. ff. de oper. libert. Hæc reſponſio eſt optima & notabilis iudicio meo. & notandum eſt obiter: valere argumentum a iure communi deſumptum ad deciſionem cauſſarum feudalium, deficientibus iuribus feudalibus, cap. primo, de feud. Cagnol. ſed non è conuerſo, vt not. ibi. Doctores.

Secundò

Secundò pro hac ſententia adducitur textus à Curtio iuniore hic in l. quod ait, & ibi gloſſ. in ver. in ipſis rebus, ff. de adulter. vbi eodem iure cenſetur adulterium & præparatoria eius. Respondet Cagnol. in eadem rubr. numer. 31. malè gloſſam illam locutam fuiſſe & contra textum, ſicuti explicat Alc. libr. 5. parerg. c. 25. & melius Menoch. in additio. ad d. caſum num. 287. Non obſtat textus, quem gloſ. adducit in l. etſi amicis, ff. eod. tit. quia ego reſpondeo, textum illum pœnam adulterij irrogare domum commodanti ad colloquia & ad ſimilia: quia ſic expreſsè ſancitum eſt in l. qui domum, ff. eod. titul. ſed non eſt ita conſtitutum de licentia occidendi adulterum repertum in præparatorijs adulterij, vt patet ex d. l. quod ait.

Tertiò igitur loco adducitur textus in lege conſenſu, C. de repud. per Curt. iun. & alios, dum ibi ſtatuitur: vxorem amittere dotem, ſi interdicta attentauerit. Ergo amittit dotem, ſi tentauit committere adulterium, quod videtur fieri per oſculum impudicum: eſt enim adulterium in illa lege interdictum. Præclara eſt reſponſio: illud verbum attentauerit non ſignificare nudum & ſimplicem conatum: ſed ſignificare effectum ipſum ſubſecutum, vt nota. glo. in dict. l. ſi conſtiterit, in ver. tentauit, C. fin. regund. Non obſtat, ſi dicatur oſculum impudicum eſſe vnum ex interdictis, id eſt, à iure prohibitis: quia mulier punitur pœna extraordinaria, vt declarat Menoch. de arbitr. iud. caſ. 287. in princ. Reſpondetur: illa verba eſſe intelligenda de interdictis in eadem lege, ſicuti exponit gloſſ. ibi in ver. interdicta. At in illa lege non eſt interdictum oſculum impudicum.

Quartò, Inducitur idem textus in d. l. conſenſu, ponderando, quod mulier priuatur dote, ſi conuiuijs vel ſpectaculis interfuerit, inuito, vel ignorante marito. Ergo moltò magis ex oſculo impudico priuanda eſſe videtur. Reſpondetur; ex illis cauſis oriri poſſe præſumptionem adulterij, quæ ceſſat in caſu noſtro.

Quintò omnes adducunt textum in l. vlt. C. eod. tit. de repud. vbi vxor priuatur dote, ſi balneum commune habuerit cum viris. Reſpondetur: iſtud differre ab oſculo: quia ex illo præſumi poteſt adulterium, quæ præſumptio ceſſat in quæſtione noſtra.

Sextò adducitur textus in l. fugitiuus, de verbor. ſign. vbi dicitur fugitiuus ille, quia habet animum fugiendi, & deuenit ad aliquem actum. Ergo ſimili modo mulier dicitur eſſe adultera, ſi habeat animum adulterandi, & deueniat ad aliquem actum, qualis eſt oſculum impudicum. Reſponderi poteſt; actum illum intelligi de fuga ipſa, ſicut dicimus, furem eſſe eum, qui furatur. Non etiam eum, qui furti faciendi gratia conclaue intrauit, l. vulgaris, §. qui furti, ff. de fur. & quòd non dicatur adultera mulier ex hoc actu, probatur ex etymologia verbi ipſius adulteri, quæ habetur in l. inter liberas, §. propriè, de verb. ſignif.

Septimò adducitur pro hac ſententia, quod adulterium ſit delictum graue, & ideo conatus ſit puniendus pro ipſo facto, arg. l. ſi quis cum telo, C. ad l. Cornel. de ſicar. & l. ſi quis non dicam, C. de epiſcop. & cleric. videtur autem conatus quidam eſſe in muliere ex oſculo impudico. Reſponderi poteſt, in ciuilibus cauſſis, qualis eſt iſta: quia agitur de amiſſione dotis, conatum nuſquam haberi pro facto, vt declarat Bar. in d. l. vulgaris, §. qui furti, ff de furtis.

Poſtremò, Ripa mouetur hoc argumento: vxor debet maiorem præſtare fidelitatem marito, quam vaſallus domino, quia vxor tenetur ad hoc de iure diuino, gloſſ. in l. 5. ff. ſi quis cautio, in ver. grauida, ergo debet priuari dote; & multò magis, quam vaſallus priuetur feudo: quia eſt maior ratio: & vbi apparet de

A maiori vel de eadem ratione, fit extenſio etiam in pœnalibus, vt docet Panorm. in cap. vlt. num. 10. de reſcript. adducens textum in l. 1. §. quid ſi deceſſerint, ff. ad Tertullian. Reſponderi poteſt, iura feudalia non poſſe adduci ad deciſionem cauſſarum, quæ non ſunt feudales, vt ſuprà dictum eſt.

Contrariam igitur ſententiam amplexi ſunt Decius in rub. C. de eden. & Cagnol. nu. 31. Alciat. li. 4. parerg. cap. 10. & alij, quos adducit, & ſequitur Menoch. de arbit. caſ. 287. & nouiſſime in additio. ad d. caſum 287.

Pro hac ſententia primo adducit Decius regulam l. interpretatione, ff. de pœn. & c. odia de reg. iur. in 6. vbi pœnæ ſunt molliendæ, non autem exaſperandæ: & ſic non debet fieri extenſio de pœna adulterij ad oſculum.

Reſpondet Ripa in rub. de iudic. nu. 22. imò etiam in pœnalibus extenſionem fieri, vbi eſt eadem ratio, **B** Abb. in cap. vlt. numer. 10. de reſcript. per textum in l. 2. §. quid ſi deceſſerint, ff ad Tertull. Quæ doctrina confirmari poteſt, ex Caſtrenſ. in l. bona fides, ff. de poſ. vbi docet: fauorabile eſſe ſtatutum, quòd delicta puniantur commiſſa contra ius gentium & ideò extendenda. At mulier priuatur dote ob minorem culpam, quam ſit iſta oſculi. Ergo etiam priuanda erit propter oſculum.

Minor probatur ex l. conſenſu, C. de repud. quatenus loquitur de muliere, quæ inuito vel ignorante viro conuiuijs extraneorum aut publicis ſpectaculis eſt præſens: id enim videtur fieri poſſe citra vllum crimen adulterij, vel alterius ſcandali.

Secundò pro eadem ſententia, Cagnol. adducit textum in §. cum igitur, in auth. de non eligen. ſecun. nub. vbi pœna priuationis non imponitur, niſi iure expreſſum ſit. Ergo non eſt imponenda hæc pœna priuationis dotis mulieri, cùm nulla lege id expreſſum **C** reperiatur. Reſpondet Ripa, vbi ſuprà: ſatis eſſe expreſſum in caſu noſtro propter illa verba textus in d. l. conſenſu, C. de repud. dum dicitur, mulierem priuari, ſi interdicta attentauerit. Nihil eſt: quia illa verba intelliguntur de interdictis in d. lege, vt ibi gloſ. dicit, & ſupra etiam à nobis dictum eſt. Secundò reſpondet Pyrrhus Alfanus: pœnam priuationis imponi, etiamſi in lege non ſit expreſſum; quando caſus eſt ſimilis expreſſo, vt docet Iaſon in l. 1. num. 2. C. de tranſact. vbi præter alia adducit glo. in l. vlt. in ver. voluerit, C. de reuoc. donatio.

Tertiò pro hac ſententia Menoch. & cæteri omnes adducunt textum in l. ult. C. de repud. & in §. quia uero plurimas, & in §. prædictis, in auth. ut liceat matri, & auiæ, quibus in locis diligenter enumerantur omnes cauſſæ, ex quibus diuortium fieri poteſt, & mulier amittit dotem, & tamen iſta non **D** enumerantur; imò Iuſtinianus prohibet ullam aliam cauſam allegari, niſi nominatim ſit expreſſa in dicta conſtitutione. Reſpondet Ripa: non propterea excludi caſus ſimiles expreſſis: quia etiam in §. cauſſas, in auth. ut cum, de app. cogn. cauſſæ enumerantur iuſtæ exhæredationis filiorum: & omnes aliæ prohibentur: & nihilominùs ſimiles expreſſis ſufficientes reputantur pro exhæredatione, iuxta communem, de qua teſtatur Alex. & Iaſon, in auth. non licet, C. de liber. præter. Replicat Menoch. rationem eſſe diuerſitatis, quia in §. cauſſas ponitur generalis clauſula, ut filij poſſint exhæredari; ſi grauem iniuriam parentibus intulerint. Quæ quidem clauſula non adeſt in conſtitutionibus, de quibus agitur. Hæc replicatio non uidetur ſubſiſtere, ſecundum Alfanum: quia grauis iniuria, de qua fit mentio in d. §. cauſſas, accipitur pro iniuria uerbali, ut notat Alex. conſil. 203. nume. 2. lib. 5. Et hæc ſunt præcipua argumenta, quæ à Doctoribus noſtris in hac quæ-

ſtione

ftione adferuntur, quibus responsiones iam allatæ accommodantur.

Restar, vt dicam ipse quid sentio. Prima fronte videtur concludendum: mulierem priuari dote. Primò: quia priuatur dote, si vitæ mariti fuerit insidiata, d. §. qoia verò plurimas: sed in casu nostro insidiata est honori mariti, vt patet. Ergo dotem amittit: quia honor, & vita æquipatantur. Secundo: quia propter osculum voluntarium, &c. vt omnes intelligunt, punienda est proculdubio pœna extraordinaria l. 1. & ibi gloss. ff. de extraord. crim. in ver. voluntatem, pœna autem extraordinaria potest esse vel pecuniaria vel corporalis. At in dubio imponenda esse videtur pœna pecuniaria: qoia illa est minor quam corporalis, l. in seruorum, ff. de pęn. in dubio autem mitior pœna est eligenda ex doctr. Bar. in l. 2. §. exercitum, ff. de bis qoi not. infam. Tertiò quia adhuc videtur militare argumentum, siue consideratio Ripæ, quòd fiat extensio ad casum similem expresso, sicut fit in d. §. caossas, præsertim stante doctrina Ias. in d. l. 1. C. de transactio. vbi dicit fieri extensionem etiam ad casum similem expresso, licet de pœna priuationis agatur.

Istis non obstantibus, concludo: non esse locum amissioni dotis: &c. mooeor tribus argumentis, quibus nullum congruum responsum accommodari potest. Primò: quia pęna priuationis non imponitur, nisi in casibus à iure expressis, §. cum igitur. in auth. de non eligen. secun. nob. Non obstat responsio illa, quod imò imponatur ob causas similes expressis: quia id non habet locum, quando lex prohibet extensionem: tunc enim nunquam fit extensio ad casus similes ex doctrina Baldi in l. 2. numero 8. C. de patribus, qui fil. suos distrax. quam sequitur Felin. in c. translato, nume. 12. de constit.

Sed in proposito nostro lex prohibet extensionem. Ergo, &c. Quod lex prohibeat extensionem patet ex l. vlt. C. de repud. & in §. quia vero plurimas, & §. prædictis, in auth. vt liceat matri.

Secundò moueor per textum in d. §. fin. &c. in dd. §§. vbi excluduntur omnes caussæ, præter eas, quæ sunt nominatim insertæ in dd. legibus. Sed hæc non est nominatim inserta: igitur non est sufficiens caussa.

Primò moueor ex doctrina Bart. in d. l. 2. §. exercitum, vbi dicit; semper mitiorem pęnam eligendam esse: sed hic potest eligi mitior pœna, quam sit amissio dotis, vt patet. Ergo est eligenda.

Non obstant contraria argomenta. Non primum: quia fateor, honorem & vitam æquipararl, si hoc intelligatur secundum d. l. isti quidem, in hoc scilicet sensu, vt aliquis ita excusetur, si constitutus sit in periculo honoris amittendi, qoemadmodum si esset constitotus in periculo vitæ amittendæ. Honoris in quam amittendi ob aliquod infame factum ipsius, non autem alterius. Ad secundum respondeo; puniri posse mulierem aliqua pœna pecuniaria minori, quam sit amissio dotis. Ad tertium respondeo; non habere locum extensionem lege prohibente, vt suprà dixi.

CAPVT LXXVI.

An mulier amittat dotem propter adulterium?

SCribunt in eadem rubrica, C. de edendo. Curt. iun. &c. Plautius inanem esse disputationem, de qua in pręcedenti capite actum est, an mulier amittat dotem propter osculum impodicum, cum nec propter adulterium illam amittat? Fundamentum est Curtij iun. in auth. sed hodie, C. de adulter. Plautius verò sic argumentatur: dotis amissio con-

A tingebat olim propter diuortium, vt probatur in l. consensu, C. de repud. & in d. §. quia verò plurimas; sed hodie non potest fieri diuortiom inter virum, & vxorem, c. 2. de transl. Episc. ergo neque locus esse dotis amissioni potest. Ad textum in c. plerumque, de donatio. inter vir. & vxor. vbi dicitur: mulierem quæ commisit adulterium, dotem repetere non posse. Respondetur: id est, viuente marito, secus autem, eo mortuo, & soluto matrimonio.

Respondeo ad primum: propter adulterium agi posse ciuiliter, & criminaliter. Si agatur criminaliter; tunc non est locus dotis amissioni: quia mulier verberib. cæsa detrudi debet in monasterium, & debent alia fieri, quæ habentur in d. auth. sed hodie. Si verò ciuiliter, tunc dos amittitur. Et ita declarat gl. in §. si quando, in ver. seruentur, in auth. vt nulli iudicum, & in d. l. consensu, in ver. sibi haberet.

Ad secundum latè respondet Menoch. de arbitr. ca-
B su 487. & summa responsionis est ista: quòd licet hodie non fiat diuortium iure Canonico id prohibente; fit tamen separatio thori ex iusta caussa, cap. 2. de diuort. & iusta caussa est, si vxor committat adulterinm. c. plerumque de don. inter vir. & vxor. Deinde non obstat argumentum de diuortio: quia diuortium non erat in caussa amissionis dotis, sed caussa erat ad adulterium & iō effectus attribuendus est primæ caussæ & principali, secundum doct. Baldi in l. non eo minus, nu. 3. C. de excus. Ideò enim diuortium olim requirebat; qoia eo cessante vel intelligeretur facta reconciliatio, vt in d. c. plerumque; vel maritus visus fuisset consentire in huiusmodi adulterium, & lenocinium exercere, l. mariti, ff. de adulte. Non obstat responsio data ad c. plerumque; quia repugnat verborum natura & generalitas, quæ excludit omnem repetitionem; nec patiuntur illam restrictionem, quam iste commemorat, l. 1. §. generaliter, de leg. pręstan. verba d. c. plerumque, sunt
C ista: *Si mulier ob caussam fornicationis iudicio Ecclesiæ, aut propria voluntate à viro recesserit, nec reconciliata postea sit, eidem dotem, vel dotalitium repetere non licebit.*

Non est igitur inanis quæstio de osculo impudico, in qua retinenda est conclusio negatiua: quod mulier dotem non amittat. Quam ego intelligo locum habere, vbi constat adulterium non esse secutum. Cæterum si maritus dicat: adulterium esse secutum, & sic mulierem esse suspectam de adulterio &c. id probare velit propter huiusmodi osculum: putarem ego locum esse separationi thori, & amissioni dotis. Motus ex c. dixit dominum, 32. quæst. 1. vbi dicitur, vxorem posse dimitti propter forniacationem vel fornicationis suspicionem. Et quia, quando agitur de crimine adulterij, ciuiliter, ad amissionem dotis, non requiritur plena probatio; sed sufficiunt præsumptiones & coniecturæ: & sic
D aliquando respondi: & ita fuit iudicatom hic per admodum Reu. D. Vicarium. Adducebam cons. 31. Menoch. Crot. in repet. l. 2. ff. sol. matr. nu. 19. Parpalle nu. 22. Petr. Barbosa, nu. 61. in princ. Zas. nu. 23. Anch. cons. 408. & multa alia.

GAPVT LXXVII.

Ex præparatorijs an inferatur ad præparatum in mandato?

SCribit Decios in eadem rubr. C. de edendo. ex præparatorijs inferri ad præparatum prætterquam in mandato; quia strictè debet intelligi, & ideò factum in præparatorijs non trahitor ad principale, vt per eum ibi num. 3. adducentem responsum Romani 330. Fel. in c. cum dilecta, de rescrip. & Oldrad.

drad.conſ. 130. Addo ego eundem Rom.ſing.23.& conſ.461.& ſing.624.Fabian.de monte, de empt.& vend. in 3.q. princ.nu.27.& alios citant addentes nouiſſimè ad conſ.Rom. 46.

Sed hæc concluſio reijcitur ex his, quæ ego dixi, lib. 2. c. 93. quibus adde addentes ad d. ſingul. Rom. 23. Addo etiam doctrinam Bart. in l. cum qui, §. qui ſibi, de verb. oblig. & Decium in l. filius, nu.6. C. de pactis, vbi omnino vide, & Iaſonem ibid. ſub numer. 6. Ex quibus omnino recedendum videtur à ſupradicta concluſione Decij, cùm nullum habeat fundamentum præterquam in auctoritate Romani, & Romani doctrina fundata ſit, in l. 1. § igitur, de exerci. act. ad quem textum reſpondi d. c. 93. & eandem reſponſionem inueni apud Decium in d. l. filius, num. 6.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum iudex qui abſoluit à iuramento efficiatur iudex competens in cauſa principali?

Diſputari etiam ſolet in eadem rubr. C. de edendo: an iudex qui abſolutè à iuramento, poſſit cognoſcere de cauſſa principali? Et communis eſt ſententia poſſe, ita Baldus in l. ordinarij, C. de rei vind. Alex. in l. quoties, C. de iudicijs, Cagnol. in d. rub. de eden. num. 35. Ripa in rub. de iud. num. 27.

Primò: quoniam ex præparatorijs infertur ad principale, ſecundum communem ſententiam Doctorum in eadem rub. Videtur autem abſolutio à iuramento præparatoria eſſe ad cauſſam principalem. Sed reſpondetur: communem illam doctrinam multas recipere declarationes, & limitationes, vt tradunt Decius, Bolognet. & alij. Et propterea non poteſt in ea ſolidum fundamentum fieri.

Secundò adducit Baldus pro communi textum in d. l. ordinarij, C. de rei vind. Reſpondet Caſtrenſ. in d. l. ordinarij, nu.4. in caſu d. legis iudicem ordinarium fuiſſe competentem tam ſuper poſſeſſorio quam ſuper petitorio: & ſic cognoſcere potuiſſe de præparatorio, & de principali: qui erat competens ſuper vtroque. At noſtra quæſtio præſupponit, iudicem non eſſe competentem ſuper principali.

Tertio adfertur textus in l. tolli, C. de iud. Reſponderi poteſt: rationem illius textus eſſe, ne continentia cauſſæ diuidatur; & quia iudex erat competens ſuper vtroque.

Quinto Cagnolus adducit text. in l. minor 25. annis, ff. de euictis. Sed reſponderi poteſt ſecundum gl. ibi in ver. reſtitui. Prætorem cognoſcere etiam ſuper cauſa euictionis, ne ipſius prætoris auxilium alteri ſit captioſum, contra textum in l. Paulus, ff. de prætor. ſtipul. vt declarat ibi gloſſ.

Quintò Cagn. adducit tex. in l. 4. C. vbi cauſſæ fiſc. Sed reſpondetur ſecundum gloſſam, ibi idcirco procuratorē fiſci de vtraque cauſſa cognouiſſe, quia electus fuit ex conſenſu partium, l. 1. C. de iuriſ. omn. iud.

Poſtremò Pyr. Alſ. adducit doctrinam Baldi in c. 1. numero 5. de iureiuran. vbi dicit abſolutionem, à iuramento non tollere vim iuramenti; ſed eam ſuſpendere, & ideo eum qui iurauit contractum obſeruare, eſſe periurum; ſi fuerit condemnatus ad ſeruandum contractum.

Hoc ita ſuppoſito, quod iuramenti effectus non ſit ſublatus, videtur inferri poſſe: iudicem Eccleſiaſticum eſſe competentem: quia iudex Eccleſiaſticus eſt competens vbicunque agitur de obſeruantia iuramenti, c. vlt. de foro compet. lib. 6. Sed reſponderi poteſt in propoſita quæſtione non agi de obſeruantia iuramenti, eo modo, quo loquitur textus in d. c.

A vltim. loquitur enim, quando quis comparet apud iudicem Eccleſiaſticum, tanquam actor petens aduerſarium ſuum compelli ad ſeruandum iuramentum. At in propoſito noſtro actor eſt ille, qui abſolutus fuit à iuramento, & petit totum contrarium, videlicet, pronuntiari contractum eſſe illicitum.

Contrariam opinionem amplexi ſunt multi, Pau. Caſtr. in d. l. ordinarij, Decius in rubric. de iudic. in decretal. Couarru. lib. 1. var. c. 4. num. 8. & multi alij apud Seraph. de priuileg. iuram. priu. 60. nouiſſimè Farinac. lib. 1. tit. de inquiſit. quæſt. 6. nu. 144. Oſaſc. deciſ. 78.

Pro hac ſententia primò Paulus Caſtren. adducit, quòd minus dignum non debet trahere ad ſe magis dignum, l. ſi quis ſciens, C. de rei vind. ſed præparatorium eſt minus dignum. Ergo, &c.

Reſpondet Decius, & Ripa in rubric. de iudic. regulam: Quod minus dignum non trahit ad ſe magis
B dignum, non habere locum; quando minus dignum habet connexitatem cum magis digno: quia tunc trahit ad ſe magis dignum, §. ſi tamen alienam purpuram, inſti. de rerum diuiſ. Sed præparatorium eſt huiuſmodi: quia habet connexitatem cum ſuo principali, l. 1. de Orig. iur. l. incerti, C. de interd. meritò trahit ad ſe principale.

Secundo pro hac ſententia Decius adducit textum in l. 1. C. ad exhib. vbi iudex cauſſæ præparatoriæ diuerſus eſt à iudice cauſſæ principalis. Reſpondet: Ripa. illud eſſe ibi, quia agebatur de re mobili. Quo caſu iudex competens eſt iudex domicilij, vt docet gloſſ. in l. vlt. C. vbi in rem actio. Non placet: quia non conſtat, quòd reus conuentus ibi domicilium non habuerit. Secundò reſpondet Cagnolus in d. rubr. C. de eden. poſt Curt. iunior. ex illo textu non probari, quòd ſint diuerſi iudices: quia præſes,
C qui cognouit de cauſa præparatoria, videtur cognoſcere etiam de cauſſa principali dando iudicem, qui cognoſcat, arg. l. ſæpe audiui, ff. de offic. præſid. & facit regula, qui per alium facit, de reg. iur. in 6. Non placet quia continet diuinationem. Tertio reſpondit Cagnolus: ſenſum illius legis non eſſe, quod principalis debeat cognoſci ab alio iudice, ſed ſenſum eſſe, dum ait textus: Apud ſuum iudicem: id eſt, iudicialiter cognoſcatur, vt ibi per gloſſ. in ver. iudicem.

Tertiò mouetur Decius in rub. de iud. quia abſolutio à iuramento petitur ab Epiſcopo neceſſario, cùm iudex ſecularis non poſſit abſoluere à iuramento. Ergo non videtur prorogata iuriſdictio ad cauſſam principalem: quia ex actu neceſſario non inducitur prorogatio iuriſdictionis, vt notat Bald. in auth. offeratur, in 2. not. C. de litis conteſt.

Reſponderi poteſt, hic non agi de prorogatione; ſed
D potius de præuentione quaſi iudex Eccleſiaſticus incepérit cognoſcere de cauſſa principali ex eo, quod cognouerit de cauſſa præparatoria, id eſt, de abſolutione a iuramento.

Quartò, & vltimo, Decius adducit textum in l. 2. C. vbi, & apud quem, vbi deciditur, quod ſi agitur de reſcindendo contractu, cauſſa eſt cognoſcenda coram iudice domicilij ipſius rei non autem coram iudice loci, in quo contractus, eſt celebratus. Ergo cauſſa eſt cognoſcenda non a iudice Eccleſiaſtico: ſed à iudice domicilij rei conuenti.

Reſpondet Pyrrhus Alſanus in rubr. C. de edend. nume. 57. non excludi iudicem loci, in quo factus eſt contractus. Item textum illum eſſe intelligendum, quando iudex loci, in quo celebratus erat contractus, non erat competens inter partes, niſi ratione contractus. At in propoſito noſtro iudex Eccleſiaſticus eſt competens ratione iuramenti, quod ſemper vnum, & idem eſt, ſiue agatur de eo implendo, ſiue

de reſoluendo, càpit. fin. de foro compet. in ſexto, cap. primo, de iureiur. & cap. debitores, eod. titulo.

Hæc ſunt, quæ ab alijs dicta fuerunt in hac quæſtione. Videbatur mihi prima fronte concludendum: ſententiam communem eſſe veriorem.

Primò; quia vbi cœptum eſt iudicium, ibi finem habere debet, l. vbi cœptum, de iudi. ſed iudicium videtur eſſe inceptum coram Eccleſiaſtico: ergo ibi finem habere debet.

Maximè; quia iudicium dicitur eſſe inceptum ad hunc effectum ex ſola citatione, vt notat glo. in d. l. vbi cœptum. In abſolutione autem iuramenti impetranda neceſſaria eſſe videtur partis citatio, Felin. in cap. 1. nu. 25. de iureiur.

Maximè etiam; quia regula d. l. vbi cœptum, locum habet etiam in cauſſis expreſſis. hoc eſt, vt ſi apud vnum iudicem iudicium ſit inceptum ſuper vna cauſſa, apud eundem finiri debeat, etiam cauſſa connexa, vt notat Bald. in cap. 1. colum. vlt. de contr. inueſtit.

Secundò; quia, vbi duo ſunt iudices competentes ſuper eadem cauſſa, locus eſt præuentioni, quæ inducitur per citationem, l. ſi quis poſtea, ff. de iud. ſed iudex Eccleſiaſticus eſt competens hoc in caſu propter iuramentum, ſicut iudex laicus, ratione perſonarum. Ergo locus eſſe debet præuentioni; & ſic cauſſa terminari debet coram Eccleſiaſtico, qui præuenit iudicem ſecularem.

Tertiò: continentia cauſſæ non debet diuidi, l. nulli, C. de iudic. dicitur autem diuidi, quando id quod poteſt terminari ab vno & eodem iudice, trahitur ad diuerſos iudices, vt ibi dicitur. Sed hic poteſt terminari coram Eccleſiaſtico tota hæc cauſſa. Ergo, &c.

Quartò; ex l. cùm Papinianus, quæ eſt penultima, C. de ſent. & interloc. om. iud. vbi iudex conuentionis eſt etiam iudex reconuentionis, licet alioquin ſit incompetens reſpectu cauſſæ reconuentionis.

Sed iſtis non obſtantibus, amplector contrariam ſententiam. Et moueor primò: quia actor debet ſequi forum rei, cap. cum ſit, de foro compet. Ergo actor debet conuenire reum, qui eſt laicus coram ſuo iudice, qui eſt iudex laicus: non autem iudex Eccleſiaſticus, c. ſi clericus, de foro compet. Secundò moueor argumento gl. primæ in c. cæterum, de iudic. vbi dicit: cauſſam poſſeſſorij rei feudalis cognoſci poſſe coram ordinario; & cauſſam proprietatis coram domino feudi. Tertiò ex c. tuam, de ordin. cognit. vbi patet: cauſſam præparatoriam, & cauſſam principalem diuerſos iudices habuiſſe. Vltimò ex c. lator, qui filij ſint legit. vbi idem probatur.

Non obſtant contraria: ad primum reſpondeo negando, iudicium eſſe cœptum, quoad cauſſam principalem. Item negando cauſſam principalem eſſe connexam. Amplius dico: regulam l. vbi cœptum, non habere locum niſi quando exceptio rei iudicatæ locum haberet: quia ſcilicet vnum & idem ſit negocium, vt declarat Socin. in conſil. 38. colum. 4. lib. primo ſecùs, quando iudicia tenderent ad diuerſos fines, ſicut in caſu noſtro, quia vnum tendit ad iuramenti relaxationem, alterum ad reſciſſionem contractus. Ad ſecundum reſpondeo negando, iudicem Eccleſiaſticum præueniſſe: quia non incepit cognoſcere, niſi cauſſam abſolutionis; non autem cauſſam principalem. Ad vltimum reſpondeo: continentiam cauſſæ diuidi, quia continentia cauſſæ dicitur diuidi altero ex tribus modis, vt declarant Caſtrenſ. & Iaſ. in l. nulli, C. de iudic. & Menoch. de arbit. caſu 37.

Primo, quando agitur de vna & eadem re. Secundo, quando agitur de vna, & eadem actione. Tertio, quando agitur de pluribus perſonis habentib. cauſſam communem. Sed hic omnia ceſſant. Ergo, &c.

Non obſtat quartum: quia ibi iudex cauſſæ conuentionis eſt iudex etiam cauſſæ reconuentionis alia ratione, de qua ibi in d. l. pen. C. de ſentent.

Et in hac ſententia, reſideo, quæ in praxi obſeruari ſolet: quia raro à iudice Eccleſiaſtico huiuſmodi cauſſæ cognoſcuntur, licet abſolutionem conceſſerit à iuramento, vt tradit nouiſſimè Vincent. Mancinus in tract. de iuramen. par. 6. quæſt. 11.

CAPVT LXXIX.

An præparatoria ſint præmittenda?

Diſputant etiam in eadem rubr. C. de edendo, an præparatoria ſint permittenda, neque in eo ſatis conueniunt: nam Decius, & alij communiter poſt glo. affirmant, præmittenda eſſe. Iaſ. vero, Purpur. & Curt. ſenior id negant.

Bolognetus diſtinguit. Aut præparatoria conſiderantur de per ſe, aut conſiderantur tanquam præparatoria. Primo caſu non ſunt neceſſario præmittenda: altero verò caſu præmittenda ſunt.

Fundamentum affirmantis ſententiæ conſiſtit in continuatione gloſſæ in dicta rubrica dum ait. *Supra viſum eſt de præparatorijs iudiciorum: ſequitur videre de iudicijs.* Addit Decius pro confirmatione textum in l. 2. de orig. iur. in l. 1. de interrog. actio. in l. 1. ſi cert. pet. in c. ante baptiſmum, de conſecr. diſt. 4.

Fundamentum vero negantis ſententiæ conſiſtit in multis titulis, in quibus materia continetur præparatoria ad alteram: & tamen non præmittitur, veluti, acquiſitio hæreditatis eſt præparatoria ad petitionem hæreditatis, & tamen prius ponitur titulus de petit. hær. ſimiliter titulus de interrogatorijs actionibus continet materiam præparatoriam ad iudicat: & tamen prius ponitur titulus de iudicijs.

Denique, vt cæteros omittam, actio ad exhibendum eſt præparatoria ad rei vindicationem, & tamen titulus ad exhibendum ponitur poſt titulum de rei vindicatione.

Reſpondet ad hoc vltimum Iaſ. in d. rub. de eden. & poſt eum Cagn. nu. 8. & 9. & actionem ad exhibendum non eſſe neceſſariam ad rei vindicationem: quia poteſt intentari rei vindicatio abſque illa l. 1. C. de alien. iud. mut. cau. c. examinata; de iudicijs.

Non placet hæc ſolutio: quia repugnant verba textus in d. l. 1. ad exhib. vbi dicitur: neceſſariam eſſe maximè, propter rei vindicationem, & licet exponi poſſit neceſſaria, id eſt vtilis, vt exponit ibi gl. tamen latius eſt, inueniam fuiſſe maximè, propter rei vindicationem. Hoc enim debet intelligi in caſibus, in quib. oportet prius agere ad exhibendum, iuxta tex. in l. ad rem mobilem, & l. ad legatum, de procurato.

Aliter reſpondit Decius dicens: regulam eſſe, quod præparatoria ſint præmittenda, ſed ab ea excipiendum eſſe titulum ad exhibendum. Non placet Bolognetio num. 52. quia non adducit rationem iſtius exceptionis.

Tertio loco Alciatus reſpondet: actionem ad exhibendum neceſſariam eſſe non ſolum propter rei vindicationem, ſed etiam propter petitionem hæreditatis, communi diuidundo, & propter multas alias actiones: & ideo prius de illis actionibus agendum fuiſſe, quàm de actione ad exhibendum.

Non placet Bologner. quia ſemper attendi debet id, quod principale eſt, l. ſi quis nec cauſſam, ff. ſi cert. pet. principaliter autem fuit inuenta propter rei vindicationem. Ergo attendi debuit titulus de rei vindicatione; non autem alia.

Quarto

Quarto loco Ripa dicebat: actionem ad exhibendum esse mixtam, l. 3. §. est autem ad exhibend. Ergo prius agendum erat de simplicibus: quia simplicia prius deducuntur in esse, quam mixta. Nihil est; quia in continuatione titulorum, non habetur ratio ista, vt prætermittatur id, quod prius deducitur in esse, vt patet ex titulo de acquir. possess. & tit. de acqui. rer. domin. & ex tit. de acquir. hæred. iuncto tit. de petitio. hæred.

Postremò dicebat Pyrrhus Alfanus: considerari posse aliquid prius, vel posterius dupliciter. Primò in ordine intellectus: secundò in ordine executionis, Bartol. in l. 1. numero quinto, C. de nouo. cod. faciendo, & in l. Ambitiosa, numero 19. ff. de decret. ab ordine facien. Rei vindicatio est prior secundum ordinem intellectus; & ideo de ea prius agendum fuit: licet actio ad exhibendum sit prior in ordine executionis.

Dicebam ego, hunc ordinem esse satis probabilem, quod præparatoria sunt præmittenda: sed quoniam in continuationibus non est exigenda ratio quædam irreprehensibilis, vt dicebat Cumanus in rubric. de oper. nou. nunc. & postremo Aret. in rubrica de actio. Aliquando receditur ab hac regula, propter aliquam aliã rationem: nam aliquando leuiora præmittuntur, vt in proœm. instit. de iure natur. Aliquando antiquiora, §. singulorum, instit. de rerum diuis. Quandoque origines rerum, vt in titul. de orig. iuris. Quandoque etymologia, l. 1. de iustit. & iure. Quandoque generaliora, l. 1. si cert. petat. & quandoque aliter sequatur, prout magis conuenire videtur, iuxta textum in l. 2. de statu hominum: sed de his satis.

CAPVT LXXX.

An titulus de edendo; dicatur esse præparatorius ad titulum de iudicijs.

COmmunis conclusio est Doctorum in rubrica de edendo, editionem libelli esse præparatoriam iudicij, l. 1. ff. eodem, l. edita, C. eodem. Difficultas oritur: quia titulus de edendo continet multas leges loquentes de editione rationum, vt in l. 1. cod. & de editione actorum, vt in l. 2. item de editione instrumentorum. l. Non est nouum, l. iustum, & l. Procurator, eod. Editio autem rationum, actorum & instrumentorum non potest dici præparatoria iudicij.

Respondet Ias. in d. rub. editionem instrumentorum esse præparatoriam iudicij: quia, si quis in libello faciat mentionem alicuius instrumenti, tenetur illud edere, secundum Innoc. in cap. 1. de probat. Non placet Decio: quia res debet iudicari secundum suam naturam primordialem; non autem accidentalem, gl. 1. in l. certi condictio, ff. si cer. pet.

Secundo igitur loco respondet Dec. in tit. de edendo, principaliter agi de editione actionis, sed ne materia editionis diuideretur, actum fuit etiam de editione instrumentorum, & aliorum. Non placuit Cagnolo: quia duæ tantum leges in hoc titulo continentur de editione actionis. Ergo non est verisimile principaliter agi de editione actionis.

Tertia solutio est eiusdem Decij dicentis: iudicium accipi pro omnibus actibus, qui fiunt vsque ad sententiam, sicut accipitur, in cap. in iudicijs de regul. iur. in textu. & alibi: & consequenter comprehendit etiam instrumenta, & omnia, quæ fiunt ante sententiam. Hæc solutio reprehenditur à Bologneto, tanquam continens absurditatem: quia ea attenta debuisset poni titulus de testibus, & de fide instru-

A mentorum ante titulum de iudicijs.

Quarto loco Ripa dixit: in hoc titulo agi de editione instrumentorum, rationum & actorum in ordine ad præparationem iudicij, vt patet ex l. 1. & 2. & ex l. qui accusare, eodem. Non placuit Cagnolo: quia agitur etiam de istis in ordine ad probationem, vt in l. Non est nouum, & l. iustum, & l. Procurator.

Quinta solutio ipsius Cagnoli: agi in hoc titulo de editione actionis instrumentorum, & aliorum, sed rationem habitam fuisse editionis actionis, tanquam præparatoriæ iudicij. Quæ solutio nec satisfecit ipsi Cagnolo, vt meritò nec alijs satisfacere possit, cum rationem non afferat, cur titulus ille dicatur præparatorius iudiciorum propter editionem actionis, cum de actionis editione tàm pauca contineat.

Sexta solutio fuit Pyrrhi Alfani dicentis: instrumenta considerari debere tanquam præparatoria iudicij; licet post iudicium inceptum dicantur esse

B potius instructoria. Obstat huic solutioni ratio Decij, quòd instrumenta principaliter sint inuenta ad probandum.

Postremò Bolognetus hoc se facile extricabat labyrintho negans, continuationem glos. bonam esse, quare nus dixit: titulum de edendo præparatorium esse ad titulum de iudicijs.

Ego verò sic statuo: titulum hunc præparatorium esse ad titulum de iudicijs propter editionem actionis. Non obstat, quòd etiam leges contineat loquentes de editione rationum & aliorum: quia respondeo denominationem sumendam esse à digniori, l. quæritur, de statu hom. l. cum in diuersis, de religio. & sumpt. cap. quod in dubijs, de consecr. Eccl. Est autem editio actionis longè dignior, quam instrumentorum, rationum, &c. quia libellus est vnum ex substantialibus iudicij, glos. in l. prolatam, C. de sentent. instrumenta verò, & rationes pertinent ad probationem,

C & non dicuntur esse de substantia iudicij: sed de iustitia, vt notat Bart. nu. 5. in d. l. Prolatam. Meritò igitur glossa dixit: titulum de edendo præparatorium esse ad titulum de iudicijs, considerata libelli editione, tanquam digniore: & ex qua desumi debuit ista denominatio; non autem consideratis alijs, quæ non sunt de substantia iudicij: ac proinde non sunt tanti æstimanda ad hunc effectum.

CAPVT LXXXI.

Vtrum iudicium incipiat à litis contestatione uel à citatione.

COmmunis est & vera sententia: iudicium inci-
D pere a litis contestatione, vt notat Cagn. in rubr. C. de eden. nu. 21. & Ripa, in rubr. de iudic. n. 40. Fundamentum est in l. Amplius non petitum, ff. rem rat. hab. & in l. 1. C. de litis contest. & in l. is, qui se obtulit, de rei vind. & in l. si is qui Romæ, de iud. & in l. 1. de interrog. act. Addo ego textum in cap. forus, de verb. sign. vbi dicitur iudicium dum causa discutitur; & text. in §. omnem, & §. si vero, in auth. de litigio. vbi requiritur litis contestatio, vt dicatur res litigiosa: & in l. Properandum, C. de iudic. vbi instantia iudicij incipit post litis contestationem, & in c. ex parte, secundo de verb. sign. Vbi non dicitur lis, nisi post litem contestatam. Ergo nec iudicium; quia iudicium debet fieri super aliqua lite.

Contrariam opinionem, quod iudicium incipiat à citatione, tenuit glos. Bart. & Bald. in rubr. ff. de in ius vocan. idem Bart. in l. 3. num. 6. ff. de fur. Alciat. lib. 2. dispunct. capit. 24. Bolognet. in rubrica, C. de edend. num. 35.

Mouentur primò: quia leges quæ adducuntur, ad probandum iudicium non esse cœptum ante litem contestatam, non dicunt cœptum; sed acceptum, iudicium autem acceptum longè differt à iudicio cœpto; dicitur enim accipi per litis contestationem: & sic potest dici cœptum per citationem; acceptum verò per litis contestationem. Respondeti potest in Pandectis Florentinis legi cœptum, in d. l. Amplius non petitum, & sic tollitur responsio propter authoritatem Pandectarum Florentinarum. Secundò mouentur argumento sumpto ex §. vltim. inst. de pœn. tem. litig. vbi dicitur: omnium restituendarum actionum initium sumere à citatione. Consequentia probatur: quia actiones proponuntur in iudicio, §. 1. institut. de actio. Respondeo cum Decio in rubric. de iudic. citationem esse principium instituendarum actionum; non autem iudicij: quia iudicium incipit à litis contestatione. Non obstat, quòd actio sit ius persequendi in iudicio: quia ibi accipitur iudicium pro loco, in quo actiones proponuntur. Simile est in c. quanto, de iudic. & ponuntur illa verba in iudicio ad differentiam eorum quæ fiunt extra iudicium, vt exponit ibi glo. in ver. in iudicio.

Tertiò mouentur ex l. si defensio, & ex l. voluit, ff. de interroga. actio. vbi interrogationes dicuntur fieri in iudicio, & tamen fiunt ante litem contestatam. Respondeo: in iudicio fieri, id est, in loco, vbi ius redditur, sicuti respondet Decius in dicta rubr. de iudic. & videtur probari in dict. l. voluit, §. 1. Et quod istud verbum iudicium ponatur etiam pro loco, probatur in d. c. quanto, de iudic.

Quartò adducitur l. vbi cœptum, & l. si quis postea, de iudic. quibus in locis apparet iudicium esse cœptum per solam citationem ad hoc, vt sit locus præuentioni. Respondetur, id procedere, quantum ad iurisdictionem ipsius iudicis, non autem absolutè & simpliciter.

Quintò adducitur tex. in c. gratum, de off. deleg. vbi per solam citationem negotium dicitur esse quasi cœptum à iudice delegato: & ideò morte delegantis non expirat eius iurisdictio. Respondeo eodem modo, quo supra, id procedere, quoad iurisdictionem, & in fauorem iurisdictionis.

Sextò adducitur text. & ibi gloss. in l. cum notissimi, C. de præscr. 30. vel 40. anno. vbi præscriptio triginta annorum interrumpitur per solam citationem: & sic citatio producit effectum aliquem iudicialem. Respondeo ex hoc non inferri, quod iudicium non dicatur incipere à citatione: non enim necessarium est ad interrumpendam huiusmodi præsumptionem iudicium formatum & proprium, cum interrumpatur huiusmodi præscriptio, etiamsi non sequatur alia petitio & etiam ad instantiam filij familias sine consensu patris, & aliquando etiam coram iudice incompetente, Bald. de præscr. in 3. par. 6. partis, q. 4. numero 14.

Postremò adducitur text. in clem. 2. vt lite pend. vbi sola citatio operatur litis pendentiam ad effectum, vt nihil debeat innouari. Respondeo: non propterea inferri, quod sit initium iudicij: quia nihil est innouandum pendente lite, ne inducatur contemptus iudicis, arg. l. 1. & ibi DD. de op. no. nunc. & sic procedit argumentum, quoad iurisdictionem iudicis & in eius, non autem absolutè.

CAPVT LXXXII.

Ad quæstionem facti an sit respondendum?

NOtant communiter Doctores in l. 1. C. de edendo, ad quæstionem facti non esse respondendum. A Decius in dict. l. 1. in 1. notab. Ripa Cagno. Bolognet. & alij. Et hoc per textum in d. l. 1. Sed malè: quia loquitur de quæstione iuris. Nec enim verisimile est, Æmilium ita fatuum fuisse, vt consuleret Imperatorem de facto, id est, quo pacto posset ipse probare depositum. Non est inquam hoc verisimile: quia facta aliena ignorantur, l. 1. & 2. de iur. & fact. ign. etiam à Principe, c. 1. de constit. lib. 6. Quod igitur non est verisimile, nec credendum est, l. Non est verisimile, ff. de pactis. Probatur hæc conclusio secundum Decium in l. eum quem temere, §. iudicibus, de iudic. & in l. vt responsum, C. de transact. in l. Precibus, C. de impub. & alijs subst. In contrarium adducitur l. Diuus, de off. Præsid. sed responde vt hic per Decium. Hæc sunt quæ Decius dicit & fere alij omnes; ego addo multa.

Primò addo textum in l. Non statim, ff. ad l. Flauiam, de plagiar. vbi dicitur: Imperatorem non esse B consulendum super facto.

Secundò adde, hunc fuisse præcipuum morem Scæuolæ, vt de facto non responderet, vt probatur in l. Lucius, §. Collegio, de leg. 3. in l. Tabernam, de fun. instr. in l. cum maritus, §. Titius, de pact. dotal. in l. pen. de probatio. in l. A testatore, de cond. & dem. in l. qui Romæ, §. Agerios, de verb. obl. in l. Seiæ, §. vlt. de fun. instr. vt declarat Duarenus in libello, quem inscripsit Scæuola.

Tertiò adde, alios Iurisconsultos respondere solitos ad quæstionem facti; nam Papinianus in l. prædijs, §. vltimo de legat. 3. respondit ad quæstionem, quam Scæuola non decidit in d. l. Seiæ, §. vlt. de fund. instru. similiter & alij Iurisconsulti responderunt ad quæstiones facti, l. 3. de aur. & arg. leg. l. eum qui: de verb. obl. l. Insulam, ff. qui potior. in pig. hab. l. sicut, §. si debitori, ff. quib. mo. pig. vel hypoth. solu. l. Herennius, de ver. sign. l. miles, §. mulier, de adulter.

C Quartò adde, eos hoc fuisse mutuatos ab Oratoribus, vt per Duaren. in dicto libello & per Pyrrhum Alfan. hic. sicuti mutuati sunt ex Medicis l. septimo, de statu homin. ex Philosophis, l. si pater, de solut. ex Theologis, l. 1. C. de sum. Trin. ex Mathematicis, vt de corona Archimedis, Duaren. vbi supra.

CAPVT LXXXIII.

Cur reus teneatur respondere positionibus actoris?

CVm reus non teneatur edere actori ad fundandam eius intentionem, l. 1. C. de edend. solliciti sunt Doctores ibidem, cur teneatur respondere positionibus actoris, c. 2. de confess. in 6. Clem. sæpe, §. & quia, de verb. sign.

D Prima responsio fuit Antonij Butrij in c. 1. de probat. rationem esse differentiæ: quia non est in potestate actoris, probare illud, quod reus confitetur respondendo positionibus: quia aliunde non potest habere defensionem rei, quam ex ore ipsius: alia verò, quæ continentur in scriptura, vel rationibus; actor potest aliunde habere. Non placuit Decio: quia positiones possunt fieri, etiam super his quæ aliunde probari possunt, quàm est confessione rei.

Secundo igitur responde Decius; differentiæ rationem hanc esse: quia reus potest negare, vnde si confiteatur, sibi imputare debet. Ista responsio non placuit Alciato: quia reus cogitur fateri, nisi velit incidere in periurium: Addo ego, nisi velit quandoque caussam ipsam amittere, Castr. consil. 302. lib. 2. & Natta consil. 56. num. 19. 20.

Tertiò igitur respondet Alci. positiones non fuisse cognitas secundum iura nostra; sed ex vsu potius admitti,

admitti, quam ſecundum iuris diſpoſitionem, ut lites A faciliùs expediantur, vt probat textus in d. clem. ſæpe, §. &c. quia. Non placet Bologn. quia etſi de iure non cogatur quis reſpondere poſitionibus; cogitur tamen reſpondere interrogationibus, l. 1. & l. vbicunque, &c. ibi gloſſ. ff. de interroga. actio. quod eſt ferè idem.

Quartò reſpondet Ripa: nullam eſſe differentiam inter poſitiones, & editiones: quia reus non tenetur reſpondere poſitionibus, niſi iudice hoc iubente: iudex autem non præcipiet reſponderi, niſi ex iuſta cauſſa, c. 2. de confeſſ. in ſexto. l. vbicunque de interrog. actio. ſimiliter & reus non tenetur edere, niſi iudice hoc præcipiente ex aliqua iuſta cauſſa, vt in d. l. 1. C. de eden. habetur: & ſic in effectu nulla eſt differentia. Non placuit Pyrrho Alfano: quia iudex regulariter poſitionibus reſponderi iubet, c. 2. de confeſſ. in 6. ſed non iubet regulariter reum edere actori ad fundandam eius intentionem, vt habetur, in d. l. 1. B C. de eden.

Quintò dicebat Curt. iun. difficultatem omnem tolli: quia hodie eſt correcta l. 1. C. de edend. quia reus tenetur edere actori. Quod ſit correcta probatur: quia vbicunque eſt correcta ratio legis, dicitur correcta lex iſta, gloſ. in l. 1. de legit. tut. ſed ratio d. l. 1. eſt correcta. Ergo correcta eſt etiam ipſa lex. Quod ſit correcta ratio legis patet: quia ratio legis eſt, quod reus non tenetur edere actori, ne probationes ſumantur de domo rei. Hæc ratio eſt correcta: quia hodie ſumuntur probationes de domo rei, dum ipſe reus cogitur reſpondere poſitionibus. Sed iſta ratio nihil valet: & eſt abſurda ſecundum Bolognetum: quia poſitiones ſunt de iure Canonico inuentæ, d. c. 2. de confeſſ. in ſexto, & d. clem. ſæpe, §. &c. quia, & tamen ius Canonicum diſponit idem, quod ius ciuile, vt ſcilicet, reus non cogatur edere actori ad fundandam eius intentionem, text. in cap. 1. de C probatio.

Sextò igitur loco Bolognet. dicit eſſe differentiam: quia probatio verbalis, quæ reſultat ex reſponſione poſitionibus facta, non dicitur eſſe in bonis noſtris, l. liber homo, ff. ad legem Aquil. & non poteſt reus negare ſe illam habere: ſecus eſt in alijs probationibus, quas reus acquiſiuit & ſunt in bonis ſuis: & ſic Bolognetus laborat, vt conſtituat differentiam inter vocem viuam & ſcripturam, vel alias probationes conſiderans inter cætera, quod reus poteſt ſibi facere præiudicium edendo probationes: non autem reſpondendo poſitioni; quia ſi non ſit debitor, poteſt negare poſitionem ſibi factam, ex not. per gloſſ. magnam, in l. etſi quidem, C. de exceptio.

Sed iſta reſponſio non tollit prorſus difficultatem: quia videtur eſſe magis graue, quod confeſſio ha D beatur ex ore rei, qua nulla maior eſt probatio, l. 1. ff. & C. de confeſſ. quam ſi cogatur edere alias ſcripturas: nam contra alias ſcripturas multa poſſunt opponi, quæ non poſſunt contra confeſſionem propriam.

Septimò idem Bologn. adducit aliam rationem, quam tamen dicit parum vrgere, videlicet: quia in poſitionibus actor fatetur id, quod ponit, l. cum præcum, C. de liber. cauſ. Specul. in tit. de poſitio. §. 10. Alex. conſ. 71. nu. 4. lib. tertio, quæ ratio non habet locum in editione: quia actor petens editionem nihil fretetur. Eandem reſponſionem attulit Pyrrhus Alfanus hic dicens: quod quando actor facit poſitiones, videtur offerre arma reo: non autem ipſe ſumere probationes de domo rei. Eandem reſponſionem probant moderni Peruſini nu. 55. in dict. l. 1. quam dicunt fuiſſe Rainaldi, Rodulphi, & Iulij Oradini olim Rotæ Romanæ auditorum.

Ego puto reſponderi poſſe: magnam eſſe rationem differentiæ inter poſitiones, & editiones: quia cum aliquis iubetur reſpondere poſitionibus, efficitur teſtis in cauſſa propria, vt ad aliud propoſitum dicit Iuriſc. conſ. in l. 1. ff. quare rer. ſol. non dat. &c. ideo videmus iuſiurandum eſſe permiſſum ad decidendas lites, l. manifeſte, ff. de iureiu. meritò fuit etiam inuenta hæc ratio poſitionum ad faciliorem litium expeditionem: quia ſi reus fateatur, non erit opus probatione. Ergo poſitiones habent in ſe duas commoditates. Prima eſt communis vtrique parti ad parcendum laboribus & impenſis, quæ fiunt productione inſtrumentorum & teſtium. Altera commoditas eſt ipſius rei: quia conſtituitur (vt dixi) quadammodo teſtis in cauſſa propria: nec poteſt conqueri, quod cogatur iurare & iurando dicere veritatem fortaſſe in ſuum præiudicium: quia hoc eſt iniuſtum. Nam certum eſt, iuramentum calomniæ eſſe iuſtiſſimum, toto tit. ff. de iureiur. ob. calu. præſt. Iuramentum autem calumniæ habet in ſe etiam hoc, vt reus verum non neget, ſicut notat gloſſ. in l. 2. §. quod obſeruari, in ver. exiſtimat, C. de iureiur. ob. calum. præſt. dum refert quatuor verſiculos, in quibus conſiſtit iuramentum calumniæ.

Illud iuretur quod lis ſibi iuſta videtur:
Et ſi quæretur, verum non inficietur.
Nil promittetur: nec falſa probatio detur.
Vt lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Hæc ratio non habet locum, quando actor petit, vt reus edat ſibi ad fundandam eius intentionem, vt patet: meritò itaq; cogitur reus reſpondere poſitionibus; non autem edere.

CAPVT LXXXIV.

An duo copulatiuè requirantur, mandatum & intereſſe, vt notarius vel ſimiles, teneantur edere?

Communis eſt ſententia Doctorum: duo copulatiuè requiri, mandatum & intereſſe ad obtinendam editionem. Ita glo. Bartolus & omnes in l. Prætor ait, ff. de edendo, Cagnol. in l. 1. num. 34. C. eod. vbi teſtatur hanc eſſe communem ſententiam, Decius ibidem, nu. 10. Bolognet. num. 57. qui ſimiliter dicit eſſe communem.

Primo fundamentum eſt in l. Prætor ait, iuncta l. ſi quis, §. pertinere, ff. de edend. Reſpondet Ripa in dicta l. 1. mandatum, de quo loquitur textus in dicto §. pertinere, non requiri pro cauſſa editionis: ſed ad demonſtrandum intereſſe petentis.

Secundò adducitur textus in §. Nos autem, & ibi gloſſ. in Authen de Tabellio. Vbi probatur Notarium non poſſe inſtrumentum conficere ſine mandato vtriuſque partis: & ſic intereſſe concurrit propter contractum, & concurrit etiam mandatum. Reſpondet Pyrrhus Alfanus: aliud eſſe conficere inſtrumentum; aliud edere. Inſtrumentum confici non poteſt, niſi vtroque contrahente mandante, ſed nihil prohibet, quo minus edi poſſit rei, cuius intereſt, poſtquam eſt confectum.

Tertiò, Cagnol. adducit regulam text. in l. 1. ff. de appell. recip. vbi non ſolent audiri, quorum non intereſt. Ergo probari debet intereſſe vltra mãdatum. Sed reſpondet Pyrrhus Alfanus: non rectè inferri ex hoc argumento, quod requiratur coniunctum vtrunque mandatum & intereſſe. Sed hoc inferri poſſe: quod, ſi nec mandatum interuenerit, neque intereſſe concurrat: non ſit facienda editio.

Quartò Alciatus adducit: quia rationes inter alios, vel parte absente confectæ fidem non facerent, arg. l. multa ratio, ff. de donatio. Ergo non potest fieri editio ei, qui non mandauit rationes confici; quia non posset ex eis aliquid probare. Sed responderi potest: etsi rationes sint confectæ, eo non mandante; posse tamen eas fidem facere, & prodesse petenti eas sibi edi: quia acta inter alios aliquam faciunt præsumptionem in fauorem tertij, vt per Iasonem in l. si duo patrui, nu. 3. ff. de iureiur.

Contrariam sententiam amplexi sunt Purpur. hic & Pyrrhus Alfanus, videlicet; sufficere solum interesse absque mandato. Quorum argumenta hæc sunt.

Primò mouetur Purpurat. per textum in l. Prætor, §. 1. ff. de edend. dum ibi dicitur. *Aequum fuit id, quod argentarius mei caussa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi*: illa verba, *mei caussa*, hunc sensum habent, id est, ob vtilitatem meam, inquit Pyrrhus Alfanus adducens tex. in l. si rem, ff. de præscr. ver. & in l. eum qui, §. si rem, ff. commod.) Ergo sufficit solum interesse. Respondet gloss. & Bartol. ibi illum §. exponendum esse ex §. pertinere; vbi dicitur, mandatum requiri & sic interesse & mandatum simul requiri: Confirmat hoc Alfanus: quia, si mandatum non interuenisset, dici non potuisset, instrumentum mei caussa confectum: sed potius ipsius argentarij caussa. Et eandem responsionem attulit Cagn. in d. l. 1. C. de eden. nu. 35.

Secundò mouetur Purpurat. ex l. vlt. C. de bon. auct. iud. possid. Respondet Cagnol. in d. l. 1. num. 37. illud ibi accidere; quia creditores, qui petunt editionem, repræsentabant debitorem, qui mandauerat instrumenta confici. Melior est responsio Pyrrhi Alfani: illum textum non probare, quod debeat fieri editio creditoribus regulariter; imò textus hoc negat, licet subiungat, prætorem interdum causa cognita permittere debere, aliquid ex instrumentis describi. Sed hoc extra regulam est, & ideò non obstat regulæ, quæ habetur in dicto §. pertinere.

Tertiò adducitur textus, in l. quædam, §. vltim. §. eod. vbi dicitur: pertinere ad nos rationes, siue contraxerimus; siue ei, qui cum argentario contraxit, successerimus: & nulla fit mentio mandati. Respondet Cagnol. nu. 36. hoc debere intelligi saluo eo, quod habetur in d. §. pertinere, videlicet concurrente etiam mandato.

Quartò adducitur textus in l. 3. §. vlt. ff. ad exhib. vbi datur actio in factum ad exhibendas rationes, si petentis intersit exhibere, licet non mandauerit quis rationes confici. Sed respondet Alfanus: ibi rationes confectas fuisse a seruo; & hoc debet intelligi de mandato domini. Melior est responsio Cagnoli in d. l. 1. nu. 37. remedium illius actionis longè differre ab hoc remedio nostro ex edicto Prætoris; & ideo ex diuersis non bene inferri.

Quintò adducitur textus in l. 1. & 2. ff. quem. testam. aperian. vbi testamentum edendum est cuilibet, cuius interest. Sed tollitur hoc argumentum: quia defunctus mandasse intelligitur, vt testamentum ederetur omnibus, quorum interest; vt suæ voluntati satisfieret. Dec. in c. 1. nu. 48. de probatio.

Sextò mouetur Pyrrhus Alfanus: quia si mandatum esset necessarium, argentarius cogeretur agere actione mandati: & sic non fuisset necessarium prætoris edictum, quo cauetur, vt argentarius edat, leg. Prætor ait, ff. de edend. Non obstat, si dicatur; non dari actionem mandati, quando quis non voluntate; sed ex necessitate negotium expedire conatur, §. 1. ff. mandat. Videtur autem argentarius rationes conscribere ex necessitate officij, l. quædam, §. Nummularius, ff. eodem. Quia respondetur, aliam actionem dari hoc

A in casu loco actionis mandati, l. Atqui naturæ, §. si liberis, ff. de neg. gestis. Non obstat textus in d. §. si libero, quia probat dari actionem negotiorum gestorum, quæ est prætoria, l. 1. ff. de neg. gestis, sicut actio ex edicto Prætoris, l. Prætor ait, ff. eodem, quæ pinguius prohibet.

Respondeo actionem dari; sed non ad edendum rationes, nam & inter priuatos fiunt contractus, & datur actio inter eos ex contractu, sed non ad hoc, vt reus cogatur edere actori ad fundandam eius intentionem, vt in l. 1. C. de eden. & l. vlt. C. eod.

Vltimò idem Alfanus mouetur ex l. si quis, §. Prohibet, ff. de edendo, vbi argentarius edit argentario ex caussa; & tamen mandatum non interuenit: quia argentarius non mandat argentario, vt scribat rationes, cùm ipse debeat esse instructus instrumento suæ professionis. Responderi potest: imò etiam argentarium mandare alteri posse, licet etiam conscribat in proprijs rationibus, quæ caussa est, vt ei non sit edendum; quia satis est instructus per se, sed edi debeat ex caussa, vt in d. § Prohibet.

Ego puto, hanc quæstionem decisam esse ex textibus ipsis. Nam primo decisum est; argentarium teneri rationes edere ad se pertinentes, l. Prætor ait, ff. de eden. Secundò, est decisum; pertinere, quando ipsi contraximus, &c. vt in l. quædam, §. vlt. eodem tit. Tertiò decisum est, pertinere ad me, si modo me mandante, vt in d. §. pertinere, d. l. si quis. Quartò, iuramentum calumniæ præstandum esse omnibus postulantibus editionem, d. l. quædam, §. vltimo, & d. l. si quis, §. exigitur. Ergo requiritur interesse: quia cessante interesse petens editionem diceretur calumniari; & nemo auditur, cuius non interest, l. 1. de app. recipien. Requiritur mandatum expressum, quando cum alio contraxi: Et argentarius rationes scripsit, d. §. Pertinere: si cum argentario contraxi,
C non requiritur mandatum: sed solus contractus sufficit, d. l. quædam, §. vltim. nisi dicamus tacitum sufficere: quia scilicet, argentario videatur mandatum esse, vt scribat, arg. l. Argentarius, ff de eden. Et in hoc proposito notanda est decisio pedem. 56. apud Osascum, vbi dicitur; iudicem iubere debere instrumentum coram se exhiberi, vt videat, an intersit. Item notandum est, quòd docet Ang. & Alex. in l. Prætor ait, de eden. & post eos. Decius in cap. 1. num. 51. de probatio. vbi dicunt: Notarium posse, si velit edere etiam illis, à quibus non fuit rogatus. Acta verò publica debent edi cuicumque petenti; cuius interfit, l. 2. C. de eden. Bart. in l. 1. §. editiones, ff. eodem.

CAPVT LXXXV.

D *De intellectu l. primæ C. de edendo.*

QVæritur, quomodo mulier, de qua loquitur textus in l. 1. C. de edendo, habuerit rationes, cum non possit esse argentaria? l. fœminæ, ff. eodem tit. & consequenter, non videatur posse librum conficere rationum, cùm hoc sit officium argentarij, l. argentarius, ff. eod. Respondet glossa: textum esse intelligendum, quando mulier successit argentario: quia tunc tenetur edere, sicut argentarius, l. Quædam, §. Nihil interest, ff. eod. & sic potest habere rationes. Sed hunc intellectum Bartolus reprehendit, quia continet diuinationem; non enim constat mulierem istam alicui argentario successisse, similiter Iason, Decius & cæteri eadem ratione reijciunt hanc interpretationem.

Secundo igitur loco Iason &, ante eum Albericus & Odofred. dicebat; textum posse intelligi in

muliere,

muliere, quæ officium argentariæ exercebat per ſeruũ ſuum. Hoc enim facere licet, videlicet: ſeruus poteſt exercere huiuſmodi officium, l. Prætor ait, §. & ſi ſeruus, ff. eod.

Sed iſte intellectus reprehenditur à Decio duabus potiſſimum rationibus. Primò: quia continet diuinationem ſicut primus. Secundò: quia præſuppoſitum nõ eſt verum; quòd, ſcilicet, mulier poſſit exercere argentariam per ſeruum: nam cùm mulier ipſa repellatur ab huiuſmodi officio, etiam ſeruus eius repellitur ex antiqua regula, quod non poſſumus facere per nos ipſos, nec per ſeruos facere nobis licet, l. Non licet, de contr. empt. l. Neque, C. de hæred. inſt. l. ſi mihi & tibi, §. regula, de legat. 1.

Iſta ratio Decij refellitur à Ripa in d. l. 2. C. de eden. ſub num. 4. à Cagn. n. 50. & à Bolog. ſub nu. 51. & melius à Pirrho Alfano num. 40. Et ſumma reprehenſionis in hoc conſiſtit: quòd regula illa non procedit, quando diuerſa eſt ratio inter dominum & ſeruum, id patet ex l. 1. de verb. oblig. vbi dicitur: eum, qui per ſe ſtipulari non poteſt, ſtipulari poſſe per ſeruum proprium: & hæc eſt doctrina Baldi in l. humanitatis, in quarta oppoſit. C. de impub. & alijs ſubſt. At in propoſito noſtro diuerſa ratio conſiderari poteſt inter dominum & ſeruum: quia fœmina ideò non poteſt exercere hoc officium, quoniam virile eſt, vt habetur in d. l. fœminæ. Non enim decet (vt dicit Alciatus) verecũdiam muliebrem huiuſmodi rationes tractare cum viris. Hæc ratio ceſſat in ſeruo, vt patet.

Tertiò igitur loco alij dixerunt relati à gloſſa in ver. rationes hic in textu noſtro: rationes exponi debere pro inſtrumentis, quibus ſuffragari videtur textus in l. Prætor ait. ff. de eden. vbi rationes appellantur inſtrumenta. Non placet tamen: quia propriè rationes differunt ab inſtrumentis, argum. l. ſi quis, §. Labeo, ff. de edend. & verba propriè ſunt accipienda, l. Non aliter, de legat. 3.

Quartò dicebat Iacob. Butrig. vt refert Ripa: mulierem iſtam exercuiſſe de facto argentariam: & ſic de conſuetudine ſaltem: licet non de iure, mulier poteſt eſſe argentaria: quia conſuetudo valet contra ius ſcriptum, l. de quibus, ff. de legib. c. fin. de conſuet. facit textus in c. dilecti de arbitr. Non placet tamen: quia continet diuinationem.

Quinta igitur expoſitio eſt veriſſima, quam refert, & ſequi videtur Bartol. & poſt eum Ripa in d. l. 2. ſub n. 4. 5. dicens: verum eſſe; & commonem textum in d l. 1. eſſe intelligendum de muliere, quæ habebat priuatas ſuas rationes, quas confecerat, vt perſona priuata; non autem vigore alicuius officij. Et hanc ego quoque amplector: quia caret omni ſcrupulo & conuenit verbis textus.

CAPVT LXXXVI.

Ad l. prætor ait, ff. de edendo, quatenus de ſeruo loquitur argentario?

Difficultas eſt, cùm ſerui admitti non poſſint ad publica officia, l. cùm prætor, ff. de iudic. & officium argentarij ſit publicum, l. argentarius, ff. de eden. quomodo dicere potuerit Iuriſconſult. in l. Prætor ait, ff. eod. titul. ſeruum poſſe argentariam facere?

Reſpondet gloſſa in d. l. Prætor ait, in ver. poteſt, & in l. Argentarius, in ver. publicam, officium argentarij non fuiſſe publicum; ſed publicam cauſſam habuiſſe, vt dicit ibi textus; ſed non explicat, quid ſit habere publicam cauſſam. Cagnolus igitur in l. 1. C. de edend. n. 82. exponit publicam cauſſam, id eſt, publicam vtilitatem, vt in l. de pupillo, §. ſextus, ff. de oper. nou. nunt. Sed iſta expoſitio non videtur eſſe ſatis accommodata: quia cauſſa publica intelligitur pro cauſſa, quæ immediatè tangit ius publicum, l. conuentionum, ff. de pact. l. item veniunt, §. in priuatorum, de pet hæred. l. 2. ff. de in ius vocan. l. filiusf. ff. de his qui ſunt ſui. Deinde obſtat tex. in l. ſi ventri. §. in bonis, ff. de priuil. credito. vbi dicit textus: eos, qui pecunias depoſuerunt apud nummularios, fidem publicam ſecutos eſſe. Ergo officium erat publicum, aliquin non poſſet dici fides publica.

Aliter reſpondet Decius in l. quod attinet. de reg. iuris: ſeruum potuiſſe olim habere officium publicum: quia poterat eſſe tabellio; licet poſtea id fuerit correctum in l. generali, C. de tabular. lib. 10. & ſic dicendũ eſt, officia publica conſiſtentia in ſcribendis rationib. olim ſeruis demandata fuiſſe, quia munus tabellionũ, & ſcribatum mandabatur ſeruis, l. non aliter, de adopt. l. 2. ff. item pup. ſal. fore. & hic erat ſeruus publicus, l. r. C. de ſeru. reip. manu. & inter ſeruitutis indicia illud erat exercere officium ſcribæ, vt in l. vlt. C. de ſeru reip. manu. & ideo ſeruus poterat etiam argentariam facere: quamuis non poſſet exercere alia ciuilia officia, vt in d. l. cum Prætor.

Scribit autem Alfanus in rubr. C. de edendo, n. 13. textum in d. l. generali, dum prohibet, ſeruos eſſe tabularios, intelligi prohibere, eos ſiue numerarij, ut uideri poteſt ex l. duos tabularios, C. de ſuſcept. eod. lib. 10. Erat autem officium numerarij ſcribere earum nomina, qui fiſci erant debitores, & ſuggere iudicibus uel exactoribus, ut exigerent pecunias debitas, l. 2. C. de numerar. lib. 12.

Errat Alfanus: quia textus in d. l. generali loquitur de tabularijs etiam ciuitatum, qui erant ſcribæ. Tabularij autem, qui & numerarij dicebantur, erant Rectorum prouinciarum, ut declarat Cuiac. in d. l. duos tabularios, in fine.

CAPVT LXXXVII.

Iudæi, vſurarij an teneantur edere rationes ſuas actori ad fundandam eius intentionem.

Vſurarios edere compelli codices rationum ſuorum, deciſum eſt in clem. 1. §. cæterum, de vſuris. de Iudæis verò nonnulla eſt controuerſia Doctorum in l. 1. C. de eden. Nam quidam opinati ſũt: non teneri Iudæos ea conſtitutione: quoniam pœna eius, uidelicet, excommunicationis ad Iudæos accommodari non poteſt. Et quoties pœna legis adaptari non poteſt: nec eius diſpoſitio rectè adaptatur, ut notat glo. Fulgoſ. & Salyc. in l. mancipia, C. de ſeru. fugit. Socin. ſen. conſil. 70. lib. 1.

Quoniam autem pęna excommunicationis, etiam in Iudæis locum habere poteſt per indirectum, ut docet S. Pontifex in cap. quanto, & cap. poſt miſerabilem, de Iudæis. Ideò vera & communior ſententia docet; dictam conſtitutionem etiam Iudæos uſurarios comprehendere, Dec. in d. l. 1. n. 13. & Pirrhus Alfanus, n. 52. vbi teſtatur hanc eſſe communem. Cuius fundamẽtum eſt ſatis clarum; quia Iudæi ligantur legibus Romanorum, l. Iudæi, C. de Iudæis, & etiam conſtitutionib. Apoſtolicis, ut in d. c. quanto, & c. poſt miſerabilem, de Iudæis.

Quòd ſi agatur de Iudæis non uſurarijs; non auſim affirmare, etſi perſonæ eorum odioſæ ſint, eos teneri edere contra iuris regulas, nam, cùm ipſi utantur iure Romanorum, d. l. Iudæi, C. de Iudæis, meritò non tenentur edere ad fundandam intentionem, ſicut cæteri non tenentur, l. 1. C. de edendo.

A

CAPVT LXXXVIII.

Nautæ, caupones, & stabularij an teneantur edere actori ad fundandam eius intentionem?

COmmunis est sententia Doctorum in l. 1. C. de edendo, nautas, caupones, & stabularios teneri edere contra iuris regulas. Ita communem esse testatur Dec. in d. l. 1. n. 15. & in cap. 1. n. 25. de probatio. & Gozad. in d. l. 1. n. 34. Fundamentum est in l. 1. ff. nautæ, caupo. stabul. vbi dicitur: istos esse pessimum genus hominum, & ideò propter fraudis suspicionem videantur esse similes fœneratoribus, qui tenentur edere, vt in clem. 1. §. cæterum, de vsuris. Valet enim in hac materia argumentum à simili, l. quædam, §. nummularios, ff. de edend.

Magis placet contraria sententia, quam amplexi sũt in d. l. 1. C. de eden. Iason, Alc. Bolog. & Pyrr. Alsan. nu.
B 58. Quia in his cessat ratio d. §. cæterum, vbi dicitur: quia vsurarij clàm, & secretò cõtractus vsurarios ineũt, ita vt vix conuinci possint de vsuraria prauitate, proptereà eos teneri ad edendũ codices rationum suarũ: nautæ enim caupones, & stabularij palam contrahunt, vt notum est. Item exercent artem licitam, & permissam; vsurarij autem fœnus illicitum, ac reprobatum. Est igitur diuersa ratio inter istos, & vsurarios: ergo & diuersum ius statui debet.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum mercatores nostri temporis teneantur edere sicut olim argentarij, & nummularij?

COntrouertitur quoque inter Doctores in eadẽ l. 1. C. de eden. an sicut olim argentarij, & num
C mularij tenebantur edere codices rationum suarum, ita nostri temporis mercatores. Affirmant teneri Bart. Ang. Salic. Aret. Alex. Soc. Ripa, Curt. iun. & alij communiter, vt testatur ibi Alsanus n. 57. Fundamentum est in consuetudine, secundum quam contractus intelligitur celebratus, l. vlt. C. de fideiuss. est autẽ consuetudo mercatorum scribendi rationes, ergo tenẽtur eas edere: quia videtur eis mandatum, vt scribant. Respondet Dec. in d. l. 1. num. 18. consuetudinem istam esse in fauorem mercatorum: quia rationes scribunt ad propriam eorum instructionem, ideò id non debet contra eos retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus.

Contrariam sententiam habuere Bald. & Dec. in d. l. 1. quæ mihi verior visa fuit. Primò ex l. argentaria, ff. de eden. vbi argentarij, & alij non absimiles tenẽtur edere: sed mercatores nostri temporis longe videntur dissimiles argentarijs: nam argentarij officium publi-
D cam caussam habebat; non sic nostri ordinarij mercatores; Et qui erant olim argentarij, & nummularij, vide Alciat. lib. 2. dispunct. cap. 2. & lib. 1. pareig. cap. 24. Federic. Scotum in d. l. 1. C. de eden. n. 133. Menoch. de arbitr. casu 91. Secundò: quia, quod de argentarijs fuit constitutum, fuit ad nummularios porrectum, l. quædam, §. nummularios, ff. eod. vbi de mercatoribus nihil fuit dictum; cùm tamen illis temporibus mercatores non deessent. Tertiò: quia specialiter fuit constitutum in vsurarijs mercatoribus, ut tenerentur edere, clem. 1. §. cæterum, de usuris. Ergo in contrarium est ius commune: ui uidelicet, mercatores qui non sunt vsurarij, non teneantur edere.

CAPVT XC.

Editio an iure actionis vel officio iudicis fieri debeat?

COmmunis est sententia in lege prima, Codice de eden. fieri officio iudicis, ut testatur Decius ibi, n. 20. Alsanus n. 100. Massinius circa finem, quam ego quoque amplector.

Primò probatur in d. l. 1. C. de edend. Respondet Alexand. & post eum Decius: illa uerba ad iudicis officium esse intelligenda de officio iudicis mercenario, quòd deseruit actioni intentatæ. Hæc responsio continet diuinationem; quia textus in d. l. non declarat, an sit officium iudicis mercenarium, vel nobile. Secundo respondet Alsanus ad iudicis officium, id est, ad iudicem, sicut etiam loquitur textus in l. non statim, ff. ad l. Flau. de plagiar. sed durum est contra stimulum calcitrare, cùm textus non dicat simpliciter, ad iudicem id pertinere; sed ad officium iudicis.

Secundò probatur in l. penult. §. ultim. ff. ad l. Falcid. Respondet Decius: illum textum loqui de instrumentis pertinentibus ad ultimas uoluntates; quo casu locum habet interdictum de tabulis exhibendis. Nihil est; quia ibi non agitur de talibus instrumentis, sed de alijs, ex quibus potest apparere quantum fuerit in bonis testatoris. Secundo respondet Alsanus, in eo textu editionem fieri iudici, non autem parti.

Nihil est, quia pars desiderabat fieri editionem, & Iurisconsultus ibi respondet, ad iudicis officium hoc pertinere. Multa alia adducuntur pro hac sententia, quæ prætermitto tanquam leuiora.

Contrariam opinionem plurimi habuerunt, Ale-
C xand. in d. l. 1. num. 8. Ias. num. 15. Decius num. 20. Curtius iunior, num. 51. Gozad. numero uigesimoprimo, Cuiac. lib. 10. obs. capit. decimoquarto, & Pirrhus Alsan. in d. l. 1. quorum argumenta sunt diluenda.

Primum est ex l. Prætor. ff. de eden. ubi uerba edicti sunt directa ad argentarium. Ergo oritur actio, ut per gl. in l. si soror, C. de collat.

Respondeo alibi uerba edicti relata esse ad iudicem, lege si quis, §. Prætor ait, & ideò non potest fieri in hoc fundamentum.

Secundo adducitur textus in l. 3. §. ultim. ff. ad exhiben.

Respondeo, illum textum non pertinere ad edictum de edendo, & ideò nihil ad rem facere.

Tertio adducitur textus in l. si quis, §. 1. & d. l. Prætor, & in l. quædam, §. is cui, in quibus dicitur, argentarium teneri. Ergo non competit officium iudicis,
D quia officium iudicis nullam præsupponit obligationem, lege qui per collusionem, §. ultimo, ff. de actio empt.

Respondet Decius, officium iudicis præsupponere obligationem largè, Bart. in l. fin. in fine, ff. de iniur. Alex. in l. 1. col. antepen. de iurisdict. omn. iud.

Quarto adducitur text. in l. quædam, ff. de edend. ubi dicitur, argentarios compelli per metum actionis in factum. Respondeo non immediatè compelli ad edendum per illam actionem, quia illa actio competit contra argentarios, qui noluerunt edere ad iussum iudicis, & sic prius datur officium iudicis ad edendum, & posteà actio ad interesse propter editionem non factam, lege si quis, §. ex hoc edicto, ff. de edend. Et ad replicationem Decij occurrit Pirrhus Alsan. in d. l. 1. sub num. 110.

Quinto adducitur text. in §. ult. instit. de interd. ubi ex qu liber edicto oritur actio in factum. Respondet Ripa, dari actionem in factum post iudicis

iussum,

iuſſum, l. vbi exigitur, ff. de eden. Antea verò compe-rit officium iudicis. Præterea reſpondeo; textum in §. vlt. loqui de interdictis, quæ ſunt perſonales actiones, l. 1. in fine, ff. de interd, aliud eſt loqui de edictis: quia ex eis aliquando datur iudicis officium, l. 4. §. prætor, & l. Prætor, de damn. infecto.

Sextò adducitur textus in l. prætor, ff. de eden. vbi dicitur; in dominum dari iudicium. Ergo datur actio: quia idem importat dari iudicium quod dari actionem, gloſ. in l. 1. ff. de dolo. Reſpondet Alfanus iudicium non ſignificare actionem: ſed accipi pro toto ordine iudiciario, quod exerceretur in materia editionis; & ſic acceptum comprehendet etiam officium iudicis.

Septimò mouetur Alfanus ex l. quædam, §. is autem, verſ. quod ſi nihil, iuncta gloſ. ff. de eden. vbi probatur; legatarium velli actiona in factum compelli edere. Reſpondeo; legatarium non contineri in edicto prætoris, vt ibi dicitur, meritò non competit officium iudicis, poteſt etiam intelligi de actione in factum ad intereſſe, ſi non faciat editionem iuſſu prætoris: quia textus nihil ibi dicit de hoc, ſed tantum gloſſa, & ideò debet intelligi ſecundum leges, quæ loquuntur de actione in factum ad Intereſſe.

Octauò mouetur Alfanus, ex l. argentarius, ff. de eden. vbi argentarius iubetur edere a prætore ex edicto prætoria: ſed iuſſus prætoris parit obligationem, l. veluti, ff. de iuſt. & iu. Bart. in l. Iulianus, num. 6. de cõd. indeb. Ergo & actionem. Nego conſequentiam; quia hoc modo ſequeretur, quod ex omni edicto oriretur actio, quod eſt falſum; cum aliquando etiam detur officium iudicis; nam & obligatus dicitur eſſe etiam, qui compelli poteſt per officium iudicis, ſaltem largè, ſupra dictum eſt.

Nonò mouetur idem Alfanus. Requiritur mandatum, vt fiat editio ſecundum communem opinionem, l. ſi quis, §. pertinere, ff. de eden. Ergo dêt oriri actio non quidem mandati, ſed alia ſubrogata in locum eius: quia huiuſmodi mandatum eſt neceſſarium, & nõ voluntarium, l. atqui naturæ, §. ſi libero, ff. de negn. geſt. Reſpondeo; in locum actionis mandati dari officium iudicis ad edendum, & ſi non fiat editio, conſtituiam eſſe actionem in factum ad intereſſe, lege ſi quis, §. ex hoc adicto, ff. de eden.

Decimò Alfanus adducit tex. in l. vltim. cod. vbi dicitur: Hæc actio neque poſt annum neque in hæredem, niſi ex ſuo facto dabitur. Reſpondeo, textum loqui de actione in factum ad Intereſſe ob non factam editionẽ. Non obſtat, quod dicit Alfanus; hæredem ex ſuo facto teneri eo ipſo, quod poſſidet rationes uel inſtrumenta, vt exponit glo. vltim. ibi. ergo non poteſt hoc intelligi de actione in factum: quia illa datur ob contumaciam non edentis.

Replicatur: hæredem, qui rationes tenet, & poſſidet, teneri actione in factum hoc modo: quia contra eum primò datur officium iudicis ex ea cauſſa, quod poſſidet: ſi iudici non obtemperet, tunc datur actio in factũ ad Intereſſe, & hic eſt ſenſus illius textus; nam ſi eſſet actio ad edendum ſimpliciter, non eſſe dubium: quin tranſiret in hæredem, & perpetua eſſet, ut ſunt aliæ actiones regulariter: ſed quia eſt actio ad Intereſſe, & ſic pœnalis, l. ubi exigitur, ff. de eden. merito reſtringitur, ut d. l. ult.

CAPVT XCI.

De emendatione libelli in iudicijs vniuerſalibus

EXiſtimauit Accurſius in l. edita, C. de edendo, libellum emendari poſſe etiam poſt litem conteſtatam in iudicijs uniuerſalib. motus ea l. 4. & ex l. ſi quo tempore, ff. de petitione hæredit. Si

A *hæreditatem (inquit Paulus) ab ea petam, qui vnam tantùm rem poſſidebat, de qua ſola controuerſia erat, etiam id quod poſtea poſſidere capit, reſtituet*. Sed reijcitur communiter hæc ſententia ſecundum Bar. Dec. & omnes alios in d. l. edita: quia quod dicitur in dd. ll. reſtitutionem fieri debere etiam aliarum rerum, non eſt tribuendum emendationi factæ ſcilicet per additionem aliarum rerum libello factam: ſed naturæ petionis hæreditatis adſcribendum eſt, quæ ſua amplitudine comprehendit omnes res hæreditarias, vt docet idem Bartol. in l. 1. ff. de edendo, & Caſt. in l. regulariter, ff. de petitione hæredit. Sed Bartol. in d. l. edita, ſubdit. etiam in iudicio petitionis hæreditatis, ſi actum ſit ſingulariter ad vnam rem, alias res addi non poſſe; ſicut nec in iudicijs particularibus. Quæ verba difficultatem attulerunt; nam Socinus in d. l. edita, intellexit hoc verum eſſe poſſe, ſi actum ſit, vt res particularis agenti reſtituatur, tanquam hæredi. Alio modo Dec. ibi intellexit, aliter Didacus, aliter Corn. in conſil. 148. lib. 4. aliter Co-

B uarruuias pract. quæſt. c. 12. in fin. aliter alij. Ego verò ſemper exiſtimaui; dictum Bartoli defendi non poſſe; quia fieri non poteſt, vt quis agat petitione hæreditatis ſingulariter ad vnam rem. Cum ea ſit natura petitionis hæreditatis, vt actor petat ſe hæredem declarari, & reum condemnari ad reſtituendum, quicquid tenet & poſſidet de ipſa hæreditate, vt docet ipſe Bartol. quem omnes ſunt ſecuti in l. 1. ff. de edendo & alibi.

CAPVT XCII.

Vtrum libellus poſſit emendari poſt litem conteſtatam in iudicijs particularibus?

C REtinenda eſt communis ſententia Doctorum in l. edita, C. de edendo, videlicet emendationem libelli poſt litem conteſtatam fieri non poſſe.

Primò ex l. non poteſt, ff. de iudicijs, quod fuit argumentum Bartoli.

Secundo: quia ſententia eſt nulla, ſi fieret emendatio poſt litem conteſtatam; quia ſuper emendatione, nulla eſſet facta litis conteſtatio, quæ tamen eſt neceſſaria ad ſubſtantiam iudicij, vt notat gloſſa, & Bartol. in l. Prolatam, C. de ſententijs, quæ fuit ratio Alexandri.

Tertiò ad euitandam incertitudinem quæ poſt litem conteſtatam ſubeſſet, ſi emendatio permiſſa eſſet, quod fuit argumentum Iaſ. licet Deci. illud mordeat leui ratione.

Quartò; quia per litis conteſtationem inducitur quaſi contractus, l. 3. §. idem ſcribit, ff. de peculio. Ergo

D non eſt licitum pœnitere, l. ſicut, C. de actionibus, & obligationibus, & ita dicebat Lancellotus Decius, quem reprehendit Philippus frater ſuus exiſtimans; non valere argumentum de contractu extra iudicium facto ad quaſi contractum iudicialem: quia contractus, qui fit extra iudicium, voluntariè dicitur fieri. Quaſi verò contractus iudicialis coactè: quia iudicium redditur in inuitum, l. inter ſtipulantem, §. ſacram, de verbor. oblig. ſed huius reprehenſionis facilis eſt reprehenſio; ſufficit enim in hoc æquiparari contractum, qui fit extra iudicium, & quaſi contractum iudicialem, vt non ſit locus pœnitentiæ, quod fatetur ipſe, poſtquam litt, num. 25. C. de pactis, & latè tradit Euerard. in loco à contractibus ad iudicia.

Poſtremò confirmatur communis ſententia argumento ſumpto à vi geminationis, de quo latè Doctores in cap. ſi cautio, de fide inſtrumentorum, & Euerard. in loco à ui geminationis; nam duplex hic

con-

A consensus actoris interuenit. Primus, quatenus in libello suam intentionem exponit: & petit quod sibi dari sic iure oportere existimat. Secundus, quatenus super eo litem contestatus est. Ergo non debet ab hoc consensu geminato recedere.

Contrariam sententiam habuerunt Fulgos. & Alc. in d. l. edita, n. 46. vbi alios recenset.

Quorum fundamentum (cætera enim leuiora omitto) positum est in d. §. si minus, instit. de actionibus, cui cæteris prætermissis responsionibus plana, vera, communisque solutio accommodata veritatem sectanti omnem dubitationem aufert. Nimirum: hanc mentem fuisse Iustiniani; vt, qui minus quàm sibi debeatur, petit; sine periculo agat: non autem periculum incurrat pœnæ soluendæ, quàm, vt suprà exposuerat, incurrere solent plus debito petentes.

B Quod verò subdit text. quia nihilominùs in reliquum iudex in eodem iudicio reum condemnat; non hoc significat, vt actor possit, prohibito, etiam post litem contestatam addere aliquid, & sic emendare libellum. Hoc non dicit, fieri posse; nec etiam negat. Relinquendum est ergo aliarum legum determinationi, & censuræ. Hæc est autem aliarum legum determinatio atque censura: vt libellus emendari possit, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas. Hæc verò est æquitas, hic est edicti perpetui sensus: vt ante litem contestatam fiat emendatio, non post, ex ijs rationibus, quas suprà exposuimus.

CAPVT XCIII.

An libellus emendari possit post litem contestatam, quando additur vel detrahitur qualitas, per quam augetur, vel minuitur condemnatio?

C SCribit Bartol. in l. edita, C. de edendo, quem videtur sequi Bologn. ibidem, num. 76. necnon Dec. num. 46. libellum emendari posse post litem contestatam, quoties additur, vel detrahitur qualitas, per quam augetur, vel minuitur condemnatio. Fundamentum ponit in l. in delictis, §. si detracta, ff. de noxalibus, in illis verbis: *Donec autem prius iudicium agitatur, licentia est agenti, si eum de scientia domini arguenda pæniteat, tunc ad noxalem causam transire, &c.*

Contrariam sententiam habuerunt Alex. ibi. Ias. & Cagnolus post numero 137. Quorum fundamentum est in l. miles, §. decem, ff. de re iudicata, vbi dicitur: *Decem aut noxa dedere condemnatus iudicati mihi in decem tenetur*. Ex quibus verbis infertur: condemnationem semper esse vniformem, & consequenter non augeri neque diminui, prout dicebat Bart. Siue enim dominus sciuerit, siue ignorauerit damnum à seruo datũ, condemnandus est ad damni æstimationem; licet in casu ignorantiæ electionem habeat, & facultatem dandi seruum pro noxa.

D Ego puto, sententiam Bartol. rectè defendi posse; quia, vbi dominus ignorauit, aliter condemnandus est. Aliter verò quando sciuit. Id quod indicant verba Iurisconſ. in d. §. decem, & textus in l. 2. ff. de noxalibus. Quatenus ibi dicitur: dominum scientem insolidum teneri; ignorantem verò in plus non teneri, quàm, vt seruum det pro noxa, Ergo condemnatio iudicis debet esse conformis iuri, & obligationi ipsius domini: quamobrem, data scientia, condemnabitur dominus insolidum: data autem ignorantia, condemnabitur ad damni emendationem, cum facultate tamen dandi seruum pro noxa. Ex quo sequitur: diuersam esse condemnationem in vtroque casu: vna enim est simplex: altera verò qualificata.

A Non obstat tex. in d. §. decem: quia non dicit condemnationem esse debere vniformem, tam in casu scientiæ, quàm in casu ignorantiæ. Imò contrarium innuere videtur, dũ ait: *Decem aut noxæ dedere condemnatus*; quasi condemnatio fieri debeat cum ista qualitate, quando dominus ignorauit.

Fateor, actionem competere ex re iudicata, & ex condemnatione secuta semper ad quantitatem damni: non autem ad noxæ deditionem: quoniam noxæ deditio est in facultate, & electione domini, vt ait tex. in d. §. decem, sed non propterea sequitur, condemnationem esse debere vniformem in vtroque casu, scientiæ, scilicet, & ignorantiæ. Aliud est enim condemnatio ipsa: aliud verò actio oriens ex ipsa condemnatione. Dominus ergo sciens condemnabitur ad solidum: dominus verò ignorans condemnabitur alternatiue, vel ad soluendum vel ad dandum seruum pro noxa. Quæ condemnatio diuersa, est à prima:
B sed actio oriens ex cõdemnatione tàm in primo, quàm in secundo casu restricta erit ad damni solutionem.

Bartolus ergo non errauit, dum dixit: augeri vel minui condemnationem addita vel detracta qualitate; nam maior est condemnatio in casu scientiæ, quam in casu ignorantiæ. Illa est simplex, & ad solidum, ista verò alternatiua cum beneficio dandi seruum pro noxa, quod est minùs graue, & consequenter condemnatio videtur minor, & minoris præiudicij.

Error potiùs videtur emanasse ex eo, quòd non fuit considerata differentia inter condemnationem iudicis, & actionem, quæ oritur ex ipsa condemnatione, actio enim oriens ex condemnatione, semper est informis competens ad damni solutionem; at condemnatio difformis est, vt iam dixi.

CAPVT XCIV.

C *Emendatio libelli an possit fieri semel tantùm vel pluries?*

SEd, vtrum emendatio semel tantùm fieri possit libelli ante litem contestatam, vel etiam pluries, maxima est inter Doctores controuersia, nam semel tantùm fieri posse, dixit Bald. in d. l. edita, & alij, quos ibidem Decius refert nume. 14. Quorum fundamentum est in l. hæres, §. hoc sermone, de verbor. signif. & in l. cum pater, §. pater certam, de legatis, 2. & in lege si quis iusiurandum, C. de rebus cred. quibus in locis probatur, variationem permissam esse semel, & quamlibet dispositionem verificari in prima vice, sicuti notant Decius in consil. 35. num. 8. & in consil. 609. n. 5. Bald. in Auth. habita, nu. 35. C. ne filius pro patre, & Bart. in lege post legatum n. 12. ff de his, qui-
D bus vt indignis. Sed fundamentum hoc non est satis firmum, quia locum habet in dispositione hominis, non autem in dispositione legis, l. veluti, § hæc vox, ff. de edendo, & ibi Iason, Tiraq. in repet. §. hoc sermone, limit. 9.

Altera igitur fuit opinio Decij in d. l. edita, nume. 14. emendationem sæpius fieri posse, vsque ad litis contestationem, argumento textus in l. sicuti in annos, ff quibus mod. vsufruct. amitt. & ex his, quæ tradunt Fel. in cap. 2. col. penult. de tregua, & pace, Tiraquel. in d. §. hoc sermone, limit. 4. Sed hoc fundamentum non videtur esse firmum, quia ius abhorret, variationem fieri sæpiùs super eodem negotio, ut in d. l. si quis ius iurandum. Et quantum attinet ad text. in d. l. sicuti in annos. nulla ibi variatio contigit, sed mutatio status, propter quam amissus fuit vsusfructus.

Tertia igitur fuit opinio Bologneti in d. l. edita

bis

bis tantùm emendationem esse permissam, argumentoto tit. C. ne liceat tertiò prouocare, & glos. in Clem. vlt. de appell. & ex his, quæ notat Ias. fol. admonendi, in 1. lectura, num. 22. de iureiur. Sed, & hoc fundamentum non habet magnam firmitatem: non enim sequitur ex eo, quòd permissum sit, bis appellare, & non pluries; similiter bis tantùm emendationem fieri posse, & non pluries: cùm hæc sint longè dissimilia, & ideò ex vno ad alterum rectè inferri non possit, vt omittam diuersitatis rationem adferre, quæ in promptu esset.

Magis igitur est, vt putem: nullo iure cautum esse, quoties emendatio sit permissa: nam tex. in d. l. edita, permittit emendationem, prout edicti perpetui nione auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas. Ex quo infertur, toties permissam videri, quoties bonus iudex æquum esse existimauerit. Quæ opinio nouissime est approbata à Menochio, de arbit. Iudicum in additione ad casum 176. num. 91. vbi pro hac sententia adducit etiam tex. in l. quo enim, §. Iulianus, ff. rem ratam hab. & l. 1. de quibus per Tiraquel. in d. §. hoc sermone, limitat. 19.

CAPV XCV.

Iterum agitur de emendatione libelli post litem contestatam?

HVcusque dictaueram, cùm incidi in scripta præclarissimi viri D. Iacobi Menochij in additione ad casum 176. de arbitrarijs iudicum, vbi eandem quæstionem tractans num. 38. fatetur, communem esse sententiam: emendationem libelli fieri non posse post litem contestatam in particularib. iudicijs.

Deinde pro contraria sententia adducit Aretinum, & rationem in §. si minus, num. 22. instit. de actionibus, Curt. iun. & Claudium Seisselium, in d. l. edita, & Vacontium a Vacan. libro 6. declarationum iuris, cap. 89.

Tertiò distinguendo nititur opiniones conciliare, constituendo duos casus. Primus est, quando libelli emendatio fit ex de re, quæ causam habet à prima qua datus est libellus: & tunc (inquit) permissam esse emendationem: & ita loqui textum in d. §. si minus. Secundus casus est, quando emendatio fit de re diuersa habente nouam, & separatam caussam à prima, & tunc attemendationem fieri non posse post litem contestatam, sic intelligens textum, in l. non potest, ff. de iudicijs.

Sed istis non obstantibus ego puto: non esse recedendum à communi, quam firmaui supra, cap. 92. Nec obstat textus in d. §. si minus, quia iam responsum est, in d. cap. 92. Non obstat noua consideratio, quod ille loquatur, quando emendatio fit de re habente caussam à prima, super qua datus est libellus: nam nullum verbum habetur hac de re in d. §. si minus.

Exempla verò, quæ ibi proponuntur, id non probant. Primum est, quando quis petijt quinque, cùm sibi decem deberentur: non video, qualis sit connexio ista & dependentia inter decem, & quinque. Nam fieri potest, vt mihi debeantur quinque ex vna caussa, & alia quinque ex alia. Petij quinque ex vna caussa, putà depositi: potero petere alia quinque ex causa mutui. Ergo ex diuersa caussa procedit emendatio, non autem ex eadem caussa. Nec textus in d. §. si minus, restringendus est ad eum casum, quo ex vna, & eadem caussa totum debeatur. Alterum exemplum est in d. §. si minus, cùm quis petit dimidiam fundi, cùm totus fundus ad eum pertineret: nam fieri potest, vt dimidia fundi ex vna caussa; altera dimidia ex alia caussa diuersa ad eum pertineat. Et ideò, si quis petat dimidiam hæreditatis, non potest lite contestata petere aliam dimidiam, & sic totam hæreditatem: quia partes quotidianæ diuersitatem inter se quandam constituunt, Castr. in d. l. edita, num. 6. & ibid. Alex. num. 5. Deci. num. 25. Cagnol. nu. 6. Bolog. num. 58. Menoch. ipse in additio ad d. casum 176. num. 22. Sed dato, quòd in vtroque exemplo vna esset, & eadem caussa; non video, quo pacto, post litem contestatam possit fieri talis emendatio, cùm rationes eadem subsint etiam in isto casu impedientes emendationem, quas recensui in d. cap. 92. Noua igitur petitione opus esse mihi videtur; non autem emendatione.

Ex quo ego infero textum in d. §. si minus, loqui de cumulatione potiùs quàm de emendatione, vt sensus sit: eum qui minus petijt, sine periculo agere: quia iudex debitorem suum condemnat in eodem iudicio, scilicet: si actor illud plus, quod sibi debetur; vel, quod ad se pertinet, petierit. Quæ quidem petitio fieri potest; quia cumulatio plurium actionum regulariter est permissa, vt notant omnes, in d. l. edita. Et hæc alijs scriptis addenda esse putaui.

CAPVT XCVI.

Iterum de emendatione libelli in iudicijs vniuersalibus.

IDem præstantissimus Menoch. in additionibus ad d. casum 176. de arbitr. Iudicum quæstionem proponit, quando in libello petitionis hæreditatis actor petijt rem vnam à reo conuento sibi restitui: vtrù emendatio post litem contestatam admitti possit? & concludit: non posse, adducens Petrum, Cynum, Bartolum, Alexandrum & Socinum in d. l. edita, C. de edendo vbi Cagnolus num. 53. testatur hanc esse communem opinionem.

Contrariam verò sententiam, refert, secutos fuisse Fulgosium, Castrensem, & Aretinum, Riminaldum seniorem, Decium, & Curtium iuniorem in d. l. edita & Didacum pract. quæst. c. 12. num. 6. Respondet argumentis huius contrariæ sententiæ, & latè confirmat sententiam communem.

Summa hæc est; in libello petitionis hæreditatis duo esse consideranda. Primum, quòd aliquis declaretur hæres; alterum, quòd fiat restitutio bonorum. Hoc vltimum expeditur officio iudicis: primum autem iure actionis. Cum autem officium Iudicis non concedatur nisi petenti, l. 4. §. Hoc autem iudicio, §. de damno infecto. Consequens est; vt si actor petierit sibi restitui vnam tantùm rem, non possit Iudex mandare alias res restitui.

Et hoc argumentum rectè procederet, nisi natura petitionis hæreditatis repugnaret, quæ non vnam tantùm rem complectitur, sed vniuersa. Et idcirco non obstat, actorem vnam tantùm rem sibi restitui postulare: quia nihilominus omnes res sunt restituendæ, l. 4. ff. de pet. hæred. l. licet, l. si quo tempore, ff. eod.

Replicat D. Menochius: naturam hanc petitionis hæreditatis posse immutari: quia aliud est natura, aliud substantia. substantia quidem immutari non potest: natura verò potest, vt declarat Castr. & alij in l. cum quid, ff. si cert. pet. Corasius, lib. 3. Miscellaneorum, cap. 10. Zasius lib. 10. singularium responsionum, cap. 12.

Sed vereor, (pace dictum sit sapientissimi Iuriſconsulti) ne ista distinctio rectè accommodari possit ad petitionem hæreditatis; existimo enim, hanc non solùm esse naturam petitionis hæreditatis; sed etiam substantiam; nam substantia petitionis hæreditatis

A ditatis proculdubio in hoc conſiſtit, vt perſequatur hæreditatem: ac proinde dicitur actio in rem, quæ ad mixtas habet perſonales actiones, l. ſed & ſi lege, §. petitio, ff. de pet. hæred. Reſtitutio autem rerum fit officio Iudicis, deſeruiente huic actioni, vt notat Bart. in d. §. Petitio. Quamobrem, ſi reſtringatur petitio hæreditatis ad vnam tantum rem, non erit petitio hæreditatis: quia hæc eſt ſubſtantia generis, vt contineat ſub ſe ſpecies. Hæc eſt natura vniuerſalium, vt contineant ſub ſe particularia: & hæc natura nihil aliud eſt, quàm ſubſtantia; cùm ſit inſeparabilis: ſi enim ponimus vniuerſale, neceſſarium eſt ponere comprehenſionem particularium ſub ipſo vniuerſali: alioquin non eſt vniuerſale & conſequenter deſtruitur. Ergo ad eſſentiam ipſius illud neceſſarium eſt, & dicitur eſſe de forma ipſius, quæ dat eſſe rei.

Non poterit ergo eſſe petitio hæreditatis, niſi contineat in ſe iſtud ius vniuerſale, ſub quo omnes res B hæreditariæ continentur. Quomodo ergo poterit ad vnam rem tantùm coanguſtari? Non puto. ſicuti nec animal rectè quis ad ſolum hominem reſtrinxerit: nec etiam rectè quis hæredem eſſe dixerit eum, qui in vna tantum re ſuccedit, cùm hęreditas nihil aliud ſit, quàm ſucceſſio in vniuerſum ius, l. Nihil aliud, de verb. ſignificat. Atque hæc prioribus ſcriptis, cap. 91. adiunxiſſe non pœnitet.

CAPVT XCVII.

Petens dimidiam partem hæreditatis, an poſſit lite conteſtata petere alteram dimidiam: & ſic emendare libellum addendo portionem, quæ ei ſuperuenit?

AFfirmant Baldus in d. l. edita in repetitione num. 38. & ibid. Dec. nu. 25. C. de edend. Ne- C gant vero ibi. Alex. num. 5. Cagn. num. 62. Gozadinus num. 61. Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia portio non petita videtur contineri ſub petitione: & quia ob portionem ſuperuenientem reconualidatur iudicium, l. qui repudiantis, ff. de inoff. teſt. & arg. tex. in l. Et an eandem, § qui cum, ff. de excep. rei iud. iuncta l. ſi totam, de acquirenda hæredit. & argumento tex. in l. ſi rem, §. ult. ff. de pignoribus. Poſterioris ſententię fundamentum eſt: quia portio, quæ accreſcit eſt diuerſa à portione petita: nec comprehenditur ſub ea.

Breuiter agendo & veritati ſtudendo placet hac in re diſtinctio Doctiſſimi Menochij in additione ad caſum 176. de arbit. Iudicum, num. 24. cum ſequent. Is diſtinguit tres caſus.

Primus eſt: quando is, qui ſolam dimidiam hæreditatis petijt, habebat cohæredem qui nihil petijt. Hoc D in caſu portio, quæ poſteà accreſcit, non dicitur eſſe comprehenſa ſub petitione iſtius: ideò non poteſt emendari libellus.

Secundus caſus eſt: quando ambo hæredes petiuerunt hæreditatem, quilibet dimidiam: & vnus eorum deſeruit iudicium. Tunc portio illius alteri accreſcit, tanquam ſubſtituto. Meritò fieri poteſt emendatio libelli per additionem alterius partis: quia in alterum tranſiuit portio, quæ defecit; & etiam inſtantia iudicij, l. ſi ponas, §. ult. de inoff. teſtam. l. Quidam teſtamento, ff. de vulgari. ubi probatur; eum, cui accreſcit portio deficiens, ſubſtitutum cenſeri. Et tradit Ripa in l. re coniuncti, num. 201. de leg. 3. In ſubſtitutum autem tranſire inſtantiam Iudicij, probatur in l. ſi defunctus, de procuratoribus, & notat Bart. in l. 1. C. ſi pendente appell.

Tertius caſus eſt; quando vnus ex hæredibus petijt totam hæreditatem, cùm dimidiam petere debuiſſet; A & lite pendente ſuperuenit ei altera dimidia, tunc Iudicium conualidatur propter ius ſuperueniens; nec opus eſt emendatione libelli. Et hoc caſu loquitur tex. in d. l. Qui repudiantis, & iura ſuperius adducta pro ſententia priore. Scio Bologn. in d. l. edita, num. 59. aliter diſtinguere, ſed magis placet quod dictum eſt.

CAPVT XCVIII.

An libellus emendari poſſit poſt litem conteſtatam in Iudicijs generalibus?

GLoſſa in l. edita C. de edendo, in uerbo, emendari, exiſtimauit: libellum emendari poſſe lite conteſtata in iudicijs generalibus, cuius ſequaces merito appellari poſſunt omnes hi, qui dixerũt: eiuſmodi emendationem etiam in particularibus iu- B dicijs, permiſſam eſſe poſt litem conteſtatam. Fundamentum eſt in l. licet, C. de Iudicijs, ubi probatur: eum qui egit ſuper una ſpecie adminiſtrationis, agere poſſe etiam ſuper alia.

Sed perquam infirmum eſt hoc fundamentum; quia textus in d. l. licet, loquitur quando ſentent. lata eſt ſuper ſpecie propoſita adminiſtrationis Verba ſunt iſta: *Et ideò ſi rurſus eundem Iudicem petieris contra vtilem exceptionem rei iudicatæ ſi de ſpecie, de qua agis in iudicio priore tractatum non eſſe allegas, non inutiliter replicatione doli mali vteris.*

Ex quibus uerbis apparet: textum loqui, quãdo iam ſententia lata fuit ſuper una ſpecie adminiſtrationis; & quæritur, an res iudicata obſtet agenti ſuper alia ſpecie: & reſpondetur, non obſtare.

Explosa igitur hac ſententia amplecti iuuat communem ſententiam, quæ docet in iudicijs generalibus permiſſam non eſſe huiuſmodi emendationem eiſdem C rationibus, quibus in iudicijs ſingularibus permiſſa nõ eſt, ſicuti adnotarunt Alexand. in d. l. edita, num. 9. Iaſ. num. 13 Decius, n. 26. Curtius Iun. n. 76. Cagnol. num. 65. Bolog. & alij quibus addo Menoc. hanc rem optimè explicantem in additione ad caſum 176. de arbitrarijs Iudic. num. 34. cum ſequent.

CAPVT XCIX.

Quomodo ſit intelligendum, emendationem libelli fieri poſſe ante litem conteſtatam?

LIbellum emendari poſſe ante litem conteſtatam, omnes fatentur in l. edita, C. de eden. Sed difficultas eſt: quomodo id accipiendum ſit? Nam Alex. ibi dixit, intelligendum eſſe, cùm ſit emendatio in præiudicium actoris; ſecùs, ſi fiat in præiudi- D cium rei. Fundamentum eſt: quia ex uerbis libelli confeſſio actoris oritur, per quam ius reo acquiritur, l. cũ precum, C. de lib. cauſa, ideò non poteſt ius quæſitum ei auferri.

Contrariam ſententiam Decius habuit in d. l. edita, in quarto notab. & Menoch. poſt alios in addit. ad caſum 176. de arb. iud. num. 45. cum ſequenti. Fundamentum horum eſt in l. edita, quatenus dicit: emendationem fieri poſſe, quæ cum ſit ſpecialis diſpoſitio, de libello iudiciali loquens, præferenda eſt regulæ generali, tex. in d. l. cùm precum, c. generi de reg. iur. lib. 6.

Hæc poſterior ſententia; & communior eſt & verior; quia tex. habet clarum in d. l. edita.

Non obſtat tex. in d. l. cum precum, quia præter reſponſiones allatas à Menoch. ubi ſupra, illa eſt clariſſima reſponſio, quæ colligitur ex l. 2. C. de erro. adnocato. vbi dicitur: errorem non nocere aliquid exprimentis in precibus.

Fateor

Fateor igitur confeſſionem, quæ oritur ex precibus, A ſupplicanti præiudicare: & contra eam probare; hoc eſt, quod continetur in d. l. cum precum. Sed id accipiendum eſt, niſi confeſſio facta fuerit in precibus per errorem. Tunc enim reuocari poteſt, & nihil ſupplicanti nocet, leg. 2. Cod. de erro. aduoca.

Similiter & in libello actoris confeſſio ei nocet & reo prodeſt: niſi fuerit reuocata per emendationem libello factam ob errorem commiſſum: & ita loquitur tex. in d. l. edita.

CAPVT C.

B *An mutatio libelli ſit permiſſa ante litem conteſtatam.*

COmmunis eſt Doctorum ſententia in l. edita, C. de edendo, libellum poſſe mutari ante litë conteſtatam: & firmiſſimum habet fundamẽtum in illo textu, qui apertè hoc dicit & probat.

Contrariam ſententiam amplexa eſt gloſſa in dicta lege edita, & poſt eam Petrus à Bellapertica authoritate textus in auth. qui ſemel, C. quomodo & quando Iudex. Et, quia ſecundum Petrum his videtur eſſe conteſtata pro parte actoris ex ipſa libelli productione, quod Petri dictum ſecutus eſt Bart. in l. Naturaliter, §. Nihil commune, col. vlt. & ibidem Iaſon, num. 179. de acq. poſſ.

Cui ſententiæ adſtipulari etiam videtur deciſio Rotæ 354. incip. ſi dato libello in nouis, vbi Rota decidit litem haberi pro conteſtata, quoad actorem, qui dedit libellum: & poſt libellum datum inſtitit, vt reus reſponderet.

Sed iſtis non obſtantibus, non eſt recedendum à communi ſententia: & quod attinet ad textum in d. Auth. qui ſemel, nihil obſtat. Dicitur ibi, actorem cogi perſeuerare in actione, quam ſemel in iudicio propoſuit. Cuius rei ſenſus non eſt, libellum mutari non poſſe: ſed ſenſus eſt, vt declarat ibi Paulus Caſtrenſ. reum poſſe etiam, lite non conteſtata, actore abſente, obtinere expeditionem cauſſæ.

Pro cuius rei cognitione notanda ſunt tria tempora. Primum eſt antiquum; quando actor poſt libellum datum abſens erat à Iudicio, tunc reus hoc tantum obtinebat, vt liberaretur ab obſeruatione illius Iudicij, text. eſt in l. & poſt edictum, ff. de Iudicijs. Secundum tempus fuit nouum, quando cautum fuit, vt ſi actor abeſſet, poſſet reus lite conteſtata obtinere expeditionem cauſſæ, tex. eſt in l. Properandum, §. & ſi quidem, C. de iudicijs. Tertium tempus eſt nouiſſimum, quando ſcilicet conſtitutum eſt, vt etiam ante litem conteſtatam poſſit reus actore abſente impetrato expeditionem cauſſæ: & ſic actor cogitur perſeuerare in actione propoſita: quia poſt actionem propoſitam non poteſt recedere à iudicio & euitare expeditionem cauſſæ. Non obſtat, quod dicitur litem intelligi conteſtatam pro parte actoris: quia hoc nullo modo admittendum eſt: repugnat enim tex. in l. 1. C. de litis conteſt. C Vbi inter actionem editam & litem conteſtatam multum intereſſe dicitur, & tradit Felin. in cap. 1. de litis conteſtatione. Et neceſſarium eſt dicere; alioquin nõ eſſet licita mutatio, vel emendatio vllo tempore. Non poſt litem conteſtatam, ſecundum veram & communem ſententiam Doctorum in d. l. edita. Non ante litem conteſtatam: quia pro parte actoris intelligeretur conteſtata. Quòd eſt ridiculum & contra tex. in d. l. edita.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER DVODECIMVS

CAPVT PRIMVM.

De cumulatione plurium actionum ad intellectum l. fundum, & l. fundi, de exceptionibus.

COMMVNIS eſt & vera Doctorum ſententia in l. edita, C. de edendo, cumulationem plurium actionum non eſſe admittendã, quoties ita ſe habent, vt abſolutoria lata in prima actione pariat exceptionem rei iudicatæ in alia. Fundamentum eſt in l. fundum, & l. fundi, ff. de except. Difficultatem facit Caſtrenſis & Zaſius in d. l. fundum, exiſtimantes probari ex dicta lege, & ex l. ſeq. tunc impediri cumulationem, quando plures actiones ſic ſe habent, vt condemnatoria lata in ſecunda actione pariat præiudicium in prima: quia dum textus prohibet, poſt intentatam rei vindicationem ad fundum, cumulari actionem ad viam, rationem affert: quia non aliter probaturus ſum viam mihi deberi, quàm ſi probauero fundum meum eſſe. Itaque, ſi in ſecunda actione, quæ propoſita eſt ad viam, ſequeretur rei condemnatio, præiudicium fieret primæ D actioni ſuper fundo inſtitutæ: nam actor non poteſt obtinere in actione ad viam, niſi probet ſe dominum fundi, in quo conſiſtit victoria primæ actionis inſtitutæ ad fundum, cui propterea fieret præiudicium.

Secundo loco difficultatem facit, quod Cumanus dicebat in d. l. fundum, ideò non admitti cumulationem in memoratis caſibus: quia prima actio, inſtituta ad fundum dignior & maior eſt ſecunda actione, inſtituta ad viam, & ad fructus. Sed per minorem actionem non debet fieri præiudicium maiori, leg. Per minorem, ff. de iudic. fieret autem præiudicium maiori actioni, ſi admitteretur cumulatio, quia dicit Iuriſc. in d. l. fundum, ſi ad viam petam exceptionem, quòd præiudicium fundo non fiat, &c.

Tertio loco Socin. in d. l. fundum, ait: cumulationem impediri: quia actio ad viam & ad fructus, acceſſoria & dependens eſt à prima actione, directa ad fundum.

Quarto tandem loco Coras. miscel. lib 2.c.5. aliter intelligit: ait enim non impediri cumulationem per aliquam regulam ex supra dictis: sed quia, (vt ait Iurisconsultus in d.l.fundum,) per actionem ad viam fit præiudicium prædio, quòd non aliter actor probaturus sit viam sibi ad fundum deberi, quam si probauerit fundum suum esse.

Sed non est recedendum à communi sententia. nam, quod attinet ad intellectum Castr. respondemus; verum esse id, quod ait, scilicet: in casu d.l.fundum, condemnatoriam latam in secunda actione, instituta ad viam, præiudicium parere in prima actione, instituta ad fundum: sed concedat etiam Castrens. nobis illud quoque verum esse, nempe: absolutoriam ibi latam in prima actione, parere exceptionem rei iudicatæ in secunda. Sicut etiam Castrens. considerat, necesse esse ad obtinendum in actione viæ, vt probetur dominium fundi ad actorem pertinere: ac proinde inferri, condemnatoriam secutam super via præiudicare super fundo: ita & nos consideramus, necesse esse ad obtinendum in caussa viæ, vt probetur dominium fundi: ac proinde dicimus, absolutoriam secutam super fundo, præiudicare actori super via: quia non aliter debetur via ad fundum, nisi actor sit fundi dominus.

Hoc autem inter Castrensis sententiam, & nostram interest; quòd magis probabiliter elicitur ex dictis legibus id, quod nos dicimus, quam quod Castrens. dicit: etenim probabilius est, primam actionem institutam ad fundum prius expeditam iri, quam secundũ iudicium institutum super via, l.qui prior, ff.de iudic. Auth. His consequenter, Codice de senten. & interl. om. iud. & ideò ex priore actione, præiudicium in secundam, verisimilius instituere potest, quam ex secunda, quæ posteriore loco expedienda est in primam actionem.

Ad intellectum autem Comani facilior est responsio: quia etsi actio ad fundum sit dignior actione ad viam: non tamen à Iurisconsulto ibi consideratur hæc (vt sic dixerim) digniorítas; sed considerat Iurisconsultus præiudicium, quod fit caussæ motæ ad fundum, vt contra Comanum animaduertit quoque Socinus, qui & contra eum considerat verba textus, quæ habentur in l.sed etsi ante, quæ lex sequitur post l.fundum, ibi; quia diuersa sunt corpora & caussæ restitutionum dispares.

Hac ratione tollitur etiam intellectus Socini, quatenus aduersatur regulæ supra dictæ: nam vt concedamus; actionem ibi ad viam & ad fructus dependentiam aliquam (vt ita loquar) habere à prima actione ad fundum: non tamen hoc efficit, vt regula inde non probetur: nam vix considerari potest casus, in quo absolutoria in prima actione lata, pariat exceptionem rei iudicatæ in secunda, nisi secunda actio aliquomodo dependeat à prima.

Quod verò attinet ad Corasium: & si is rectè dicat & iuxta verba d.l.fundum, ratiocinetur: quæri tamen ab eo posset, quæ sit ratio, aut præiudicium pretio fiat ex eo, quòd agens ad viam aliter probare non potest, sibi viam deberi, quam si probauerit fundum suum esse? An, quia in iudicio viæ sequi condemnatoria potest, ob quam aperta esset via condemnandi ipsum reum, etiam in causa fundi. At, istud est, quod dicebat Castrens. quod, vt supra ostensum est, vel non subsistit; vel non resistit regulæ supradictæ. An verò præiudicij ratio in eo posita est; quòd reus dicere potest non cumulandam actionem viæ: quia in ea caussa fundi sequi posset absolutoria, qua absolutione secuta iam reus esset liberatus etiam ab altera actione ad viam? si hæc ratio est, incidimus in regulam, qua diximus prohiberi cumulationem, quando absolutoria lata in prima actione

A pariit exceptionem rei iudicatæ in secunda. An verò præiudicij ratio in eo uersatur, quòd probatio ipsa domini, quæ in caussa uiæ necessaria est, affert præiudicium caussæ fundi, etiam abstrahendo probationem à sententia, id est, considerando probationem per se, etiam in eo casu, quo non deberet sequi aliqua sententia, uel condemnatoria, uel absolutoria rei? At probatio hunc in modum considerari non potest: quia omnis probatio in iudicijs ad eum finem dirigitur, ut sequi debeat sententia. Hinc dicimus: non esse recipiendas probationes, quæ non releuant, l.Ad probationem, C.de probatio. cum concord. Quare quomodocunque res consideretur, apparet, optimè probari regulam communem, de qua supra per d.l. fundum, & l.fundi.

CAPVT II.

B *Quare admittatur cumulatio actionis personalis & hypothecariæ?*

SEd præsuppositis ijs, quæ dicta sunt in præcedenti capite, oritur dubitatio: quare admittatur cumulatio actionis personalis & hypothecariæ, ut in §.sed neque, in Auth.de fideiuss. cùm absolutoria in personali lata pariat exceptionem rei iudicatæ in hypothecaria? l.si de ferente, ff.quib.mod.pig.uel hypoth. solut.

Prima solutio est Dyni in c.nullus, de regulis iuris l 6. qui respondit cumulationem admitti: quia fit uno & eodem tempore. Sequitur Boerius decis. 334. & sic sentit, non admitti cumulationem, quando separatim una actio post aliam intentaretur, quod non placuit Bartolo nec Baldo: quia etiamsi separatim intentetur, admitti debet cumulatio ex eo, quòd generaliter admittitur in dict. §. sed neque, quam sententiam, ut C etiam separatim cumulatio hoc in casu admittatur, secutum est consilium Neapolitan. decisione, 80. in decis. Capicij.

Secunda est solutio Bartoli in l.edita, C.de edendo, quod sit speciale in personali & hypothecaria, ut admittatur cumulatio, licet absolutoria lata in una pariat exceptionem rei iudicatæ in altera. Ratio specialitatis est: quia ex illo iure authenticorum, creditor in eo est grauatus, ut non possit hypothecaria agere, contra tertium possessorem, ante factam excussionem bonorum principalis debitoris: meritò debet in alio releuari, ut contra debitorem possit agere simul utraque actione, scilicet personali & hypothecaria.

Tertia est solutio Baldi, etiam esse rationem: quia hypothecaria est ueluti accessoria ad personalem actionem; meritò potest cum ea concurrere, maximè: quia ad idem competit.

D Quarta est solutio Castrensis in dict. leg. edita, qui dicebat: admitti cumulationem personalis & hypothecariæ, ut in d.§ sed neque, in hoc sensu: ut cumulatio admittatur sub conditione; non autem simpliciter, uidelicet; ut hypothecaria censeatur intentata sub ista conditione, scilicet; quatenus actor foueat ius in personali, sicuti dicitur, querelam inofficiosi cumulari posse cum repetitione hæreditatis conditionaliter; quatenus scilicet, actor obtinere debeat in querela, l.qui de inofficioso, ff. de inoffic. testam. & ibi nota.

Quinta solutio est Socini, cuius responsio placuit etiam Decio in dicta leg. edita. dicebat Socinus; fieri cumulationem personalis & hypothecariæ; sed non contra eandem personam, quomodo loquitur regula prohibitiua; sed uidetur fieri contra diuersas personas; nam agitur personali actione contra debitorem, uti obligatum; agitur autem hypothecaria contra eundem, non uti debitorem obligatum, sed

sed vti possessorem rei obligatæ creditori: & sic, veluti tertium quodammodo possessorem.

Sexta & vltima solutio est Alciati, qui considerauit, istam cumulationem personalis, & hypothecariæ fieri ad diuersas res: nam personalis datur aduersus personam debitoris, quæ obligata est: hypothecaria autem ad consequendas res obligatas; meritò fit cumulatio, sicuti quis potest aduersus furem agere simul, vt rem ablatam restituat, & vt debitis pœnis plectatur, l. Interdum, §. qui furem, de furtis. Quanquam igitur solutiones omnes notabiles sint, & ingeniosæ: placet tamen magis Socini solutio, quam magnopere adiuuant verba d. §. sed neque enim, posteaquam ibi dictum fuit: creditorem agere non posse contra tertium possessorem, nisi prius excussionem fecerit bonorum debitoris, ait Imperator quando bona ipsa obligata possidentur à debitore, licentiam esse creditori, quemadmodum dudum erat, agendi aduersus debitorem, siue actione personali, siue hypothecaria, siue vtraque simul. Sic patet creditorem, qui possidet res obligatas, esse loco & vice tertij possessoris, contra quem creditor agere poterat eodem tempore, quo contra debitorem agebat, vt habetur in l. vlt. C. & de act. & obl. Hæc itaque solutio magis placet: omnes tamen recensere volui: quia quid nocet auido iuris studioso varias apposuisse epulas?

CAPVT III.

De Instrumento ad aliud Instrumentum se referente.

NOn creditur Instrumento referenti se ad aliud, nisi illud exhibeatur, ad quod relatio habetur, Auth. si quis in aliquo, C. de edend. Sed quid, si Notarius diceret: se illud vidisse, & legisse? Respondet Specul. de instr. editio. §. Restat, col. vlt. tunc probare absque relato; sequitur Iacobinus à S. Georgio in d. Auth. si quis in aliquo. Fundamentum est; quia Notarius censetur rogatus à partibus, vt videat Instrumentum mandati, quod requiritur ad contractum principalem expediendum, arg. l. ad rem mobilem, & l. ad mandatum, ff. de procur. Sed non est solidum hoc fundamentum; quia hoc non est officium Notarij, qui excusatur, si credat partib. contrahentib. dicentibus: se habere mandatum, vt declarat Dec. in d. auth. si quis in aliquo. n. 59.

C

Contrariam igitur sententiam habuerunt in d. Auth. si quis in aliquo, Alberic. Castr. Alex. Iason, Dec. & alij communiter, quos & ipse sequor: & fundamentum est in d. Auth. si quis in aliquo, vbi est regula generalis, quæ nullo iure reperitur in isto casu limitata.

Et hæc conclusio locum habet, etiamsi tenor Instrumenti, ad quod relatio habetur, fuerit insertus in tali instrumento, referente gloss. in c. Abbate, in ver. fiat, de verb. sign. Cagnolus in d. Auth. si quis in aliquo, nu. 63. Afflict. decis. 273.

D

Fallit inter easdem partes Alex. in d. Auth. si quis in aliquo, circa finem & cons. 6. lib 4. Card. & Fel. in c. vlt. de fide instr. Cagnolus in d. Auth. si quis in aliquo, Vrsillus ad Afflict. dec. 273. Fundamentum est in l. Optimam, C. de contrah. & commit. stip.

Contrarium voluit Dec. in d. Auth. si quis in aliquo, num. 34. Motus ex regula illius tex. per quem dicit limitari dictam regulam dictam leg. Optimam, & quia regula d. l. optimam non loquitur de verbis enuntiatiuis, quæ relationem habent ad aliud: tunc enim non videntur probare, nisi quatenus continentur in relato.

Non est recedendum à communi sententia, dummodo in instrumento referente tenor relati clarè & explicitè contineatur, vt declarat Cagnol. in d. Auth.

A si quis in aliquo, numero 74. Tunc enim referenti creditur absque relato, l. vlt. C. de falsa causa adiecta, & ibi Bald. notat: & alij, quos refert, & sequitur Cagnolus ibidem. Hæc tamen limitatio non procedit, vbi contingit de enuntiato principaliter disputari: quia tunc non probat, etiam inter ipsas partes: ita Bartulus, Dec. & alij communiter, in d. Auth. si quis in aliquo, num. 37.

Fundamentum est in c. illud, de præsump. Et, quia tex. in d. l. optimam, loquitur quoad validitatem actus, de quo verba enuntiatiua loquuntur.

At Soc. senior. in cons. 68. cum pen. lib. 4. contrariam docuit motus ex doctr. Bart. in l Gerit, n. 15. de acq hæred. & ex §. illud, in Auth. vt fratrum filij. Sed non est recedendum à communi, quæ verior est, vt dicebat Fel. in d cap. illud, de præscrip.

Non obstat doctr. Bart. in d. l. gerit: quia loquitur de verbis enuntiatiuis prolatis in aditione hæreditatis,
B quæ, cùm ab animo dependent, ex quibuscunque verbis inducitur; dummodo animus adeundi colligi possit, licet verba sint enuntiatiua, & ob aliud prolata, vt declarat Iason in l. et his verbis, in 6. lim. C. de milit. testam. Ad textum in §. illud, respondetur: probari matrimonium ex Instrumento donationis propter nuptias: vbi agitur de donatione ipsa, vel de dotis restitutione, vt declarat Romanus, sing. 451. & sic non probatur, si contingat de matrimonio principaliter disputari.

Notandum tamen est, verba ista enuntiatiua inter easdem partes facere aliquam præsumptionem, etiamsi contingat de enuntiatu principaliter disputari: quæ præsumptio habet vim semiplenæ probationis, Rom. sing. 451. Fel. in d. c. illud, de præsumpt. Ruin. consi. 141. n. 13. lib. 5. alias limit. & declarat. vide apud Mascard. Menoch. & alios.

CAPVT IV.

An legitima sit pars quota bonorum, vel hæreditatis?

COmmunis est sententia, legitimam esse quotam bonorum: non autem hæreditatis, vt notat Ias. in auth. nouissima, circa principium, C. de inofficioso testam. Alexander in l. ita tamen, §. si Patronus, num. 2. ff. ad Trebel. Crassus in §. legitima, quæst. 1. Menoch. de adipiscenda remed. 4. nume. 162. Rota Rom. decis. 464. in 1. par. in nouiss. Fundamentum est: quia legitima deducitur deducto prius ære alieno, l. Papinianus, §. quarta, ff. de inofficioso testam. Ergo est quota bonorum; non autem hæreditatis: quia bona dicuntur, quæ supersunt deducto ære alieno, l.
D subsignatum §. bona, de verb. sign. hæreditas autem dicitur continere æs alienum, l. si quis seruum, §. vlt. de legatis 2. Et in terminis est textus in l. cum quæritur, C. de inofficioso test. vbi legitima appellatur pars bonorum.

Sed istis non obstantibus, ego puto: hanc communem non esse veram, sicuti ostendit Vasquius de successionum creatione, lib 2. §. 20. parte 4. n. 211.

Motus primò ex d. authentica nouissima, vbi legitima est triens vel semis pro numero liberorum. Ergo est pars hæreditatis: quia hæreditas diuiditur in duodecim vncias. §. hæreditas, instit. de hæredibus instit. Secundò ex l. cum Patronus, de legatis 2. iuncta glossa, vbi legitima appellatur debita pars hæreditatis. Tertiò ex l. ita tamen, § si patronus, ff. ad Treb. vbi idem probatur. Quartò ex l. simus, §. cum autē, C. de inoff. test. vbi similiter legitima dicitur pars hæreditatis. Quintò, quia legitima debet relinqui titulo restitutionis, §. aliud quoque, in auth. vt cum, de app. cogn. et.

go filius dicitur esse hæres institutus in legitima, si est hæres: ergo habet hæreditatem aliquam. Non enim hæres intelligi potest absque hæreditate: sed non habet totam hæreditatem. Ergo habet partem. Sexto: legitima dicitur pars substantiæ, in auth. de trieote,& semisse. Substantia autem accipitur pro patrimonio, l. vlt. C. de verb. sign. Patrimonium autem est hæreditas,l.3.de bonorum possess. Septimò: quia, si legitima esset pars bonorum,filius posset eam deducere,& reliquam hæreditatem repudiare, l.filio pater, de legatis 2.Sed hoc est falsum; quia filius non potest hoc facere, vt probatur in l. 1. & 2. & in l.si solus, de acq. hær. dixi lib. 4. controuers. c. 65. Addo nunc Vasquium in d. authentica nouissima, post num. 25. & Tiraq. de iure primog.q.35.num 10 Postremò mouetur: quia legitima peti potest actione petitionis hæreditatis, & familiæ erciscundæ, & similibus: quæ dantur inter hæredes,& hæredibus competunt, vt notat Alexander in lege poterat,col.pen.ff.ad Trebellianum.

Non obstat quod legitima deducatur deducto ære alieno;quia præter responsionem Castrensis,in l.ita tamen.§.si patronus, ff.ad Trebel. quæ pulcherrima est, & fortissima responsio. Ego dico: istud non contingere, propterea quòd legitima non sit pars hæreditatis, Ratio est: quia est pars hæreditatis priuilegiata: & hoc priuilegium (vt cætera omittam) illam eximit a natura hæreditatis, quæ subiacet æri alieno. Nihil igitur ex hoc proponitur, cur non debeat appellari pars hæreditatis; non minùs, quam si quis diceret, testamentum militis non esse testamentum: quia priuilegia multa habet contra regulas testamentorum. Nec obstat etiam, quòd appelletur pars bonorum, in d. l.cum quæritur, & alibi. Quoniam hæc verba significant hæreditatem, l.nam quod, §. vlt. ff. ad Trebellian.

CAPVT V.

De legitima augmento ad caput 26. lib. 4. controuers.

Dixi lib.4.controuers.cap.26.multa de augmēto legitimæ tàm intrinseco quàm extrinseco: & constitui duas conclusiones. Prima fuit: si agatur de extrinseco augmento,legitimam non augeri,licet bona patrisfamilias post mortem eius augeantur. Addo pro confirmatione Baptistam Aymum, in tract.de alluuionibus,lib.2.cap. 20. Rotam decis. 347. parte 1.in nouissim. Altera fuit conclusio: si agatur de augmento intrinseco,legitimam augeri.Addo pro confirmatione Baptistam Aymum,vbi suprà, vbi refert, ita fuisse iudicatum Bononiæ:necnon etiam coram Rota Anno 1576.& vide d.decisionem 347.

Quod verò attinet ad textum in l. serui qui, ff. ad l. Falcidiam, qui videtur obstare:addo pro solutione, Alexandrum in l.in ratione,la secunda, sub num. 6. ff. ad l.Falcidiam.

CAPVT VI.

An filius approbando testamentum patris, in quo certis rebus relictis prohibitus fuit,plus non petere, etiam ratione legitimæ, dicatur renuntiare legitimæ?

Filius approbando testamentum patris,in quo minus legitima sibi fuit relictum cum prohibitione,ne plus petat,etiam ratione legitimæ, videtur renuntiare legitimæ,Baldus in l.1.col.pen. vers. sed pone,C.de iure fisci. Gulielm.de Bened. in c.Raynutius in vers.reliquit num.40. de testam. Rimináld. sen.

A cons. 243, nu.24.li. 2. Ruin. consi. 56.nu.8.lib. 2. Rubeus consi. 37. nu. 5. Calcan. cōsi. 57.nu.12. Cagnol. in l. Papinianus, §. meminisse, num.17. de inoff. testa. Paris. consil.9.num.2.lib.3. Dec.consil. 687. Curt. iun. consil.159.Soc.iun.consil.122.Ant.Gabr.de legit. concl.8.num.11.Marzar. in tract.de fideic.q. 50. Pedorca consil. 6.num. 41. vbi alios adducit, quib. adde Surd. consil.157.num.32.Fundamentum est:quia filius videtur hoc in casu expressè renuntiare legitimæ,cum relationem habeat ad testamentum, & in testamento fiat mentio legitimæ, cum relatum sit in referente verè, & propriè,lege Asse toto, ff. de hæred. instit. cum aliis similibus.

Istis non obstantibus, contrariam sententiam amplector,quam secuti sunt,Alex. consil.18.num.12. & consil.89.num.13.lib.4.Ruin.consil.58. num.12. lib.5. D.Cephal.consil.42.num.4.addentes ad cons.Dec.687. & plurimi alij quos refert, & sequitur Fab. Torretus
B consil.1.lib.2.post num.16.vbi testatur hanc esse magis cōem opinionem, quib. addo Magistrum Manticam de coniect.lib.7.tit. 8. num.10. Fundamentum est in §. cæterum,in auth.vt cum de app.cognos.iuncta l.si quādo,§.& generaliter,C.de inoff.test. verba tex. sunt ista. *Cæterum si qui hæredes fuerint nominati,etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solui præcipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est,hoc secundum alias nostras leges ab hæredibus adimpleri.*

Ex quibus verbis manifestum euadit: approbationem testamenti paterni, hoc in casu,filio non nocere. Ratio est: quia non est in potestate testatoris diminuere legitimam:filius ergo approbando testām. Patris facit id, quod facere obligatus est, cum non possit illud rescindere;sed teneatur illud obseruare,& supplementum legitimæ petere. Non ergo sibi præiudicauit approbando testamentum patris:quia sciebat,vel scire po
C terat ius suum durare.

Non obstat fundamentum contrariæ opinionis:quia aduertendum est,approbationem testamenti non repugnare petitioni supplementi:quia in d.§.cæterum, datur licentia filio acceptandi res relictas, & nihilominus petendi supplementum,non obstante patris dispositione in contrarium. Approbans ergo testamentum patris videtur acceptare relicta: sed non sibi præiudicat in supplemento legitimæ;nisi specialiter & expressè renuntiauerit dicto supplemento: & (vt dicebam) necessarium est, vt filius approbet testamentum, si vult consequi res sibi relictas: & tenetur illud approbare,etiam inuitus:quia scilicet,non potest petere illud rescindi,tanquam inofficiosum,lege omnimodo, C.de inoff.testam.

Et ideo non placet eorum opinio, qui distinguunt inter acceptationem legati, & approbationem testamenti,veluti Ruin.cons.60.num.4.lib.2.D.Ceph.cons.
D 617.nu.192.quia semper obstat ratio supradicta:quòd, scilicet,filius non potest impugnare testamentum patris,in quo sibi minus relinquitur legitima portione:& quia cogitur acceptare relicta, & potest supplementum petere,vt in d.§.cæterum.

CAPVT VII.

Per approbationem testamenti, in quo legitima fuit cum onere relicta, an legitima oneri subiecta esse censeatur?

Cum legitimæ onus adiectum pro non scripto habeatur,l.quoniam in prioribus, C.de inoff. test.l.scimus,§.cum autem, C.eod.tit. non video,cur filius acceptando legatum,vel fideicommissū, vel testamentum patris approbando, in quo legitima est grauata, & oneri subiecta restitutionis, vel simili,

intel-

intelligatur onus iftud agnouiffe: nam, fi onus legitimæ in teftamento patris fcriptum non effet; nemo diceret, legitimam alicui oneri fubiectam, eam ob caufam: quod filius patris teftamentum approbaret. Ergo idem eft dicendum, etiamfi adiectum fit, & fcriptum: quia perinde eft, ac fi non effe fcriptum: & pro non fcripto habetur legis fictione. Paria enim funt, aliquid effe tale, vel haberi pro tali, quantum ad iuris difpofitionem: quia fictio æquiparatur veritati, l. fi is qui pro emptore, de vfucap. & ibi no. Bartol. & alij: atque ita docent multi apud Gabriel. de communi teftan. tem tit. de legitima, concl. 1. num. 7. & plurimi alij apud Simonem de Prætis de interpr. vlt. vol. lib. 5. dubit. 3. num. 117. & apud Turretum, confil. 1. in 2. cafu, lib. 2.

Contrarium refponderunt Decius confil. 687. Parifius confilio nono, libro tertio, Soci. iun. confil. 122. lib. 1. Cur. iun. confil. 159. Surdus decif. 21. poft num. 20. Fundamentum eft: quia filius videtur confentire, & acceptare tale onus exprefsè, & renuntiare fauori fuo, quod poteft, l. fi quando, §. & generaliter, C. de inoff. teftam. Relatum enim eft in referente: & fic filius approbando teftamentum patris, in quo eft tale onus, videtur approbare, & acceptare illud onus. Nec obftat, quod dicitur de legitima, onus reijci, & pro non fcripto haberi: quia hoc non habet locum in filio confentiente: nec quando filio vltra legitimam relictum fuit.

Sed ifta nihil mouent. Nam, fi onus à principio habetur pro non fcripto: ergo intelligi non poteft à filio acceptatum: quia lex fingit non extare, & legitimam liberè fuiffe relictam; ficut teftator tenebatur, vt teftamentum valeret. Nec obftat tex. in d. §. & generaliter, quia loquitur, quando filius verbis expreffis renuntiaret legitimæ: & idem fateter, fi verbis expreffis filius acceptaret onus legitimæ adiectum: quia tunc ceffaret fictio legis filio volente, & declarante, fe onus illud acceptare. Nec verum puto, onus de legitima reijci eo tantùm in cafu, quo filius inftitutus eft in fola legitima: quia contrarium approbat tex. in d. l. fcimus, §. cum autem, C. de inoff. teftam. vbi tota hæreditas filio relicta erat: & tamen legitimam portionem Imperator exemptum effe ab onere decidit.

CAPVT VIII.

Vtrùm generalis renuntiatio iuramento confirmata extendatur ad legitimam?

Dixi lib. 3. cap. 25. generalem renuntiationem iuramento firmatam bonorum paternorum extendi ad legitimam. Addo nunc, hanc conclufionem communiorem effe, Roland. confil. 99. nu. 45. lib. 4. Menoch. confil. 71. num. 24. Decian. confil. 6. num. 46. lib. 1. Burfat. confil. 115. nu. 18. nouiffimè, hanc effe magis communem, & frequentiori calculo receptam, teftatur Vincentius Mancinus de iuramento, par. 4. effectu, 168. quæ addenda effe putaui prioribus fcriptis: quoniam magni æftimatur in iudicijs Doctorum auctoritas: & magis communis opinio præualere folet.

CAPVT IX.

Vtrùm fupplementum legitimæ tollatur præfcriptione triginta annorum; vel potius quinquennij?

Conatus eft Bart. in l. fi quis filium, C. de inoff. teftament. & in confil. 14. incip. an ius agendi, demonftrare; ius agendi ad fupplementum legitimæ tolli per lapfum quinquennij.

Primò auctoritate textus in d. l. fi quis filium, in fine. Nam, cùm fuprà mentionem feciffet non folùm querelæ de inofficiofo teftamento, verum etiam fupplementi legitimæ, poftea fubiecit in fine tempus quinquennij; quod Bartolus exiftimauit, referendum effe tàm ad querelam, quàm ad fupplementi petitionem.

Secundò auctoritate textus in l. vlt. C. de inoffic. donatio. iunctis notatis per gloffam in l. 1. C. eod. titul. querela inofficiofæ donationis datur adinftar querelæ inofficiofi teftamenti, & eodem tempore finitur, quo finitur querela inofficiofi teftamenti: fed querela inofficiofi teftamenti finitur quinquennio. Ergo & querela inofficiofæ donationis: fed querela inofficiofæ donationis datur pro fupplemento legitimæ, vt notat gloffa in d. l. 1. ergo fimiliter finitur quinquennio. Sicut ergo finitur quinquennio actio ad fupplementum in donatione inofficiofa; ita etiam actio ad fupplementum finiri debet, vbi teftamentum eft inofficiofum.

Tertiò: quia ius agendi ad fupplementum fuccedit in locum querelæ de inofficiofo teftamento, l. omnimodo, C. de inoff. tefta. ergo eius naturam imitari debet, quæ eft, vt quinquennio finiatur.

Iftis non obftantibus, communis fententia amplectenda mihi videtur, quam firmat Iaf. in d. l. fi quis filium, Alex. confil. 128. num. 4. lib. 1. & confil. 10. num. 2. lib. 3. Guido Papa decif. 82. Surd. confil. 148. num. 13. & 185. nu. 22. Hieron. Gabriel. confil. 106. lib. 1. & confil. 137. num. 14. lib. 2. D. Cephal. confil. 148 nu. 43. Viuius com. opin. 458. Pedroca in conf. 6. num. 44. Rimin. iun. confil. 31. num. 59 lib. 1. Fundamentum eft: quia actio omnis durat triginta annis, l. omnes, l. ficut, C. de præfcr. 30. vel 40. ann. ergo & actio ifta, quæ competit ad fupplementum legitimæ.

Non obftant contraria. Nam, quod attinet ad textũ in d. l. fi quis filium, refponfio eft clara: verba effe referenda ad querelam: non autem ad fupplementum. Nam hæc funt verba textus: *Nifi pater adhuc fuperftes vel repudiauit querelam, vel quinquennio tacuit, fcilicet, poft aditam hæreditatem.*

Quod verò attinet ad textum in l. vlt. C. de inoff. donatio. iunctis notatis per gloffam in l. 1. C. eod. tit. refpondetur, querelam inofficiofæ donationis competere, fiue filius agat ad refciffionem donationis, fiue ad fupplementum legitimæ, quæ meritò finiri debet per lapfum quinquennij: fed querela de inofficiofo teftamento non datur, vbi filio relictum eft aliquid iure inftitutionis: fed competit ei actio ad fupplementum legitimæ. Et fic apparet diuerfum ius conftitutum effe circa teftamenta inofficiofa, & circa donationes inofficiofas: nam, cùm publicè interfit, fupremas hominum voluntates exitum fortiri, teftamentaq; fuftinere, eorum validitatem, & conferuationem, fingulari quodam fauore Legumlatores profecuti femper fuere: fed donationes inofficiofas non tantopere curarunt, & idcircò querelam de inofficiofis donationibus conceſſerunt, etiam pro fupplemento legitimæ, vt patet ex l. 2. & in l. fi totas, & alibi, C. de inoff. donatio. Remanfit ergo querela inofficiofæ donationis in omni cafu, eifdem legibus, & temporibus circumfcripta, & limitata, quibus querela inofficiofi teftamenti limitata, & circumfcripta fuit. Meritò quinquennio elapfo finitur. Secùs dicendum eft circa teftamenta inofficiofa: quia fublata querela fuit, & data actio ad fupplementum, non tam odiofa, cùm non impugnet teftamentum; fed potius fauorabilis: meritò ad quinquennium reftringi non debet.

Non obftat vltimum argumentũ de fubrogatione: quia negatur ifta fubrogatio. Ratio eft: quia eft noua prouifio, non autem fubrogatio, vt videlicet non am-

pliùs querela competat, per quam testamentum euertatur; sed actio ad supplementum legitimæ. Quæ quidem concessa est eisdem personis, quibus querela competit, vt habetur in d. l. omnimodo. Sed nullibi dicitur concessam fuisse, sub eisdem formis, modis, & temporibus, quibus olim querela de inofficioso testamento concessa fuit.

CAPVT X.

Vtrùm onus de legitima reijciatur ipso iure, ita vt non sit necessaria petitio, & declaratio filij?

ONus de legitima reijcitur ipso iure, siue consistat in tempore, siue in quantitate, lege scimus, C. de inoff. testam. l. quoniam in prioribus, eo. tit. adeò quòd nulla est necessaria declaratio filij; sed, eo moriente, ius istud transmittitur ad eius hæredes, vt notat Salyc. in d. l. scimus, n. 4. & sequitur Ias. ibid. nu. 2. Ang. consil. 287. num. 3. Alex. cons. 55. n. 6. & consil. 150. nu. 6. lib. 2. & cons. 188. n. 1. lib. 6. Dec. consil. 81. num. 1. & 218. n. 4. & 228. n. 4. & 238. n. 4. & 269. nu. 14. & 303. n. 1. Rui. cons. 26. n. 2. & o. 12. & num. 16. lib. 3. vbi dicit communem, & in consi. 107. n. 12. lib. 3. Crau. consi. 142. num. 2. alios refert, & sequitur D. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 8. n. 9. & 10. Guido Pap. decis. 93. Aret. instit. de inoff. test. num. 6. Boerius decis. 150. num. 4. Burs. consil. 91. num. 10. Turret. alios citans consil. sub numero 158. lib. 2.

Fundamentum est præclarum, & solidum: quia, si filius deberet necessariò id petere, & declarare, istud esset onus aliquod; sed nullum onus legitimæ adiectum subsistere potest; quinimò reijcitur, & pro non scripto habetur pureque, & absque omni onere, & grauamine filio debetur legitima, ipso iure, vt in d. l. scimus, & in d. l. quoniam in prioribus. Ergo istud onus declarandi, & protestandi non videtur esse admittendum. Quamobrem ita res sese habet, ut mortuo patre filio debeatur legitima, ipso iure, absque omni onere, & diminutione: & istud ius suum, (sicut & cætera iura, quæ habet) ad quoscunque suos hæredes transmittat; nec necessaria est aliqua declaratio filij circa istud onus; cùm pro non scripto, & pro non adiecto habeatur, d. l. quoniam in prioribus.

Contrariam sententiam habuerunt gl. in d. l. scimus, C. de inoff. testam. Corn. consil. 126. nu. 9. lib. 2. Berous, q. 9. n. 12. Rol. consil. 98. num. 29. lib. 2. Nonius cons. 107. n. 4. D. Cephal. cons. 291. n. 16. Menoch. cons. 206. n. 121. & cons. 453. n. 14. & 15. Rim. iun. consil. 379. n. 110. lib. 4. Pedroca consil. 6. n. 75. vbi alios adducit, & de communi testatur.

Fundamentum est; quia hoc videtur esse priuilegium personale competens filio, in cuius fauorem introductum est; &, quia quicquid ex legis beneficio alicui defertur, intelligi debet eo volente, & declarante, sicuti latè explicat Ias. in l. vniuersa, C. de precib. Imperat. offer.

Sed ista sunt nimis leuia, nimisq. generalia, si rectè consideremus; nam, fateor, in fauorem filiorum hęc introducta esse; & speciali quodam priuilegio concessa fuisse portioni legitimæ, quæ omni iure filijs debetur. Sed nego esse beneficium personale, quod personam filij non egrediatur. Repletio enim fit ipso iure; atque ipso iure grauamen reijcitur, ad hunc effectum, vt filio ius competat, saluum, atque integrum in parentum bonis, pro legitima portione consequenda. Istud ius est iam acquisitum filio. Ergo illud ad hæredes suos transmittere potest, cum sit dominus, & hæredes succedant in vniuersum ius defuncti. Hoc est priuilegium caussæ, non personæ tantùm, meritò transit ad hæredes, l. Priui legia, l. in omnibus caussis, de reg. iur.

Non obstat, quod dicitur; beneficia legibus concessa conditionem hanc habere, si petantur: quia in proposita quæstione hæredes filij hoc petunt, qui filium ipsum repræsentant; & vna, & eadem persona reputantur cum defuncto. Fateor enim, si nemo peteret; vel si filius, aut hæredes filij acquiescerent voluntati paternæ, & specialiter acceptarent onus adiectum legitimæ; tunc nullam fore difficultatem. Nam ad acquirendum ius plenè, atque irreuocabiliter, acceptatio est necessaria. Sic dicimus legatum acquiri statim à morte testatoris, l. à Titio, de furt. l. cum pater, §. Surdo, de leg. 2. sed tamen reuocabiliter acquiri. Tunc verò irreuocabiliter acquiri cum legatum est agnitum, & acceptatum, vt declarat Bart. in l. ei qui, ff. de condit. institut. Et ideo non facit ad rem text. in l. filio præterito, ff. de iniusto rupto testa. quo (vt dicebat Vasq. in d. l. scimus in princ.) plerique nituntur, qui contrariam sententiam amplexi fuere; nam, omissa eius responsione, dico; textum illum loqui, quando filius abstinuit, non autem, quãdo filius tacuit, & non declarauit, siue non petijt antequam moreretur. Aliud est enim repudiare, vel se abstinere; aliud verò non petere, vel non declarare. Hinc dicimus; filium transmittere ad hæredes hæreditatem non aditam, l. 3. C. de iure delib. Non dicimus autem transmittere hæreditatem, à qua abstinuit, l. 1. C. de repud. vel abstinen. hæred.

CAPVT XI.

Trebellianica, an possit prohiberi liberis primi gradus?

TRebellianicæ detractionem liberis primi gradus prohiberi non posse, magis communis olim sententia fuit; Gabriel. tit. ad Trebel. conclu. 1. num. 4. Paris. consil. 43. lib. 1. Ascanius Clemens de patria potest. effectu 16. num. 31. D. Decianus consil. 18. num. 38. lib. 1. & consil. 127. num. 16. lib. 3. Pancirolus consil. 84. Roland. consil. 31. num. 19. lib. 1. D. Cephalus consil. 715. num. 13. Gabriel, consil. 96. lib. 1. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 11. num. 6. Hippol. Riminal. consil. 379. num. 95. & 510. num. 59. Burs. consil. 13. num. 44. & consil. 44. nu. 19. & 102. nu. 13. Simon de Præt. consil. 47. nu. 17. Botta, consil. 10. num. 7. & consil. 63. num. 6. Eugenius consil. 38. num. 13. Turretus cons. 77. lib. 1.

Fundamentum est in l. iubemus, C. ad Trebell. vbi non licet parentibus disponere, vt fructus imputentur in Trebellianicam liberis primi gradus, ergo multò minus licebit in totum prohibere ipsam Trebellianicæ detractionem.

Contrariam opinionem plurimi ex antiquis amplexi sunt, quos referunt vterque Gabrielius, & alij Doctores superiùs allegati, & quod caput est eandem sequi solet Rota Romana, vt habetur decis. 313. 2. par. in nouissim. & decis. 2. tit. de testam. in decisionibus Marcelli Crescentij. Alias eiusdem rotæ decisiones refert Gabriel consil. 92. lib. 2. & Hipp. Riminal. consil. 509. lib. 5.

Fundamentum est: quia parentes nouissimo iure ad aliud testamento condito non tenentur, quam ad relinquendum filijs suis legitimam titulo institutionis, vt latè dispositum est à Iustiniano in §. aliud quoque capitulum, & in §. cæterum, in authent. vt cum, de appell. cogn. excepta igitur legitima permissum est eis, pro libitu disponere de suis bonis, eaque relinquere cuicunque velint. Ergo possunt bona sua subijcere restitutioni per fideicommissum, ità, vt filijs nihil detrahere possint, excepta legitima portione.

Ego alias scripsi hac de re, & dixi; Trebellianicam A prohiberi non posse in vniuersum, multò minus liberis primi gradus, quia tex. in §. si vero expressim, in auth. de hæredibus. & Falcid. loquitur de Falcidiæ prohibitione; non autem de Trebellianicæ.

Cæterùm, supposita communiori sentẽtia, quòd Trebellianica prohiberi possit; existimo non tam auctoritate Rotæ Romanæ, quæ summa est quam ratione supradicta, quæ irrefragabilis est, Trebellianicam posse prohiberi liberis primi gradus.

Non obstat tex. in d. l. iubemus; quia respondetur tempora esse distinguenda, tuum tempore Zenonis, qui auctor fuit d. l. iubemus, & vsque ad Iustiniani constitutiones, legitima filiorum erat quarta pars, & poterat subijci fideicommisso conditionali, vel ad tempus; quia fructus à filio percepti in quartam illam imputabantur, l. Papinianus, §. vnde si quis, ff. de inoffic. testam.

Rursus, tempore Zenonis, filius grauatus fideicom- B misso, vnam tantum quartam detrahebat pro auctoritate Senatusconsulti Trebelliani; nec poterat, vltra dictam quartam, detrahere ex bonis fideicommisso subiectis, etiam legitimam. Meritò statuit Imperat. Zeno, vt filius fideicommisso grauatus, huiusmodi quartam haberet ex bonis ipsis; non autem ex fructibus bonorum; etiamsi pater mandaret in testamento fructus ipsos imputari in dictam quartam; & inspecto hoc tempore non est dubium, quin filius detrahere potuisset huiusmodi quartam, etiam patre id prohibente. Primò: quia dicta quarta erat loco legitimæ: deinde, quia si noluit Imper. fructus imputari, multò minus voluisse videtur in totum auferri. Tertiò, quia Trebellianica, eo tempore, prohiberi non poterat.

Hæc constitutio Zenonis non est correcta directè vlla posteriori constitutione; sed nouæ multæ constitutiones factæ sunt, ex quibus inferri potest, licere nunc C parentibus prohibere in totum dictam detractionem Trebellianicæ.

Altera fuit constitutio Impera. Iustin. vt de restitutione fideicommissi legitima filiorum excipienda foret, §. quamobrem, in Auth. de rest. & ea quæ parit, l. scimus, §. cum autem, & l. quoniam in priorib. C. de inoff. test. Huius vigore potest filius deducere legitimam portionem vti non subiectam fideicommisso; residuum tenetur restituere.

Tertia fuit constitutio Trebellianicæ; detractionem prohiberi posse. §. si vero expressim, in authent. de hæred. Falcid. Huius vigore dicimus: prohiberi posse etiam filijs; quia filij non excipiuntur illa constitutione.

Hic obijcitur ius antiquum, d. l. iubemus; qua dispositum est, vt fructus non imputentur in Trebellianicam, etiam patre volente; ergo multò minus poterit pater tollere ipsam Trebellianicam. Retorque- D ri potest argumentum ex iure nouo; quia, si Trebellianica in totum prohiberi nunc potest, multò magis fructus imputari debebant in quartam Trebellianicam.

Non obstat, si dicatur; ius nouum non loqui de filijs primi gradus: quia idem ius nouum melius, & efficacius prouidit filijs primi gradus; quatenus statuit legitimam filijs esse relinquendam titulo institutionis absque onere vllo, & in ipsis corporibus hæreditarijs ex ipsa paterna substantia; non autem ex fructibus, vel aliter, d. l. scimus, d. §. aliud; & d. l. quoniam in prioribus, & legitimam esse trientem; non autem quartam, vt olim, & in auth. de triente, & semisse.

Sed quoniam idem ius nouum, & nouissimum licentiam dedit patribus disponendi, pro libitu, de cæteris suis bonis, excepta legitima; hanc potestatem

A coarctare non possumus iura sic interpretando, vt Trebellianicam prohibere non liceat. Postquam enim filius legitimam suam consecutus est integram ex corporibus, satisfactum est omni obligationi paternæ. Atque ita Zenonem seriò, si reuiuisceret, responsurum esse non dubito.

CAPVT XII.

An iuramentum impediat mora purgationem de iure Canonico?

INgens conflictus est, an ex æquitate Canonica mora purgari possit, non obstante iuramento, vt videre licet apud Gabriel. titul. de transactio. conclus. 1. numero duodecimo, & sequen. apud Se- B raphin. priuil. 58. & Bologn. & Cagn. in l. si quis maior, C. de transactio. Tuscì. consil. 2. num. 5. lib. 5. & nouissi. apud Vincent. Mancin. de iuram. part. 4. eff. 15. vbi refert auctoritates omnium, & discursum Rotæ Romanæ, eiusque opinionem pro parte affirmante: communiorem tamen sententiam esse pro parte negante.

Fundamentum negantis sententiæ consistit in l. si quis maior, C. de transact. vbi omnes notant, moram purgari non posse propter iuramentum, vt refert Gabriel, vbi supra, nu. 10. quæ quidem iuris Ciuilis constitutio, atque determinatio seruanda esse videtur, etiam de iure Canonico, cum Iure Canonico diuersum non sit constitutum, iuxta regul. cap. 1. & 2. de oper. nou. nunc.

Fundamentum verò contrariæ opinionis est; quia mora potest regulariter purgari ex æquitate Canonica, cap. potuit de locato; & quia hæc purgatio moræ C videtur tendere ad obseruantiam iuramenti, & nullum continet partis præiudicium; quia omnes intelligunt tunc demum purgationi moræ locum fore cum aduersarij ius non est factum deterius.

Ego puto, communiorem sententiam veriorem esse in casu, de quo loquitur textus in d. l. si quis maior; quia nulla extat iuris Canonici constitutio, vel regula, quæ contrarium suadeat; sed extra casum d. l. si quis maior, libentius sententiam Rotæ amplecterer; non solum propter eius auctoritatem, quæ maxima est; verum etiam propter rationem ipsius æquitatis, quam iuramenti ius, & efficacia impedire non solet, cùm dicatur habere tres comites, veritatem, iustitiam, & iudicium, cap. etsi Christus, de iureiur. nec soleat esse iniquitatis vinculum; & ideo existimarem, iuramentum in hoc sequi debere naturam contractus, super quo interponitur, quæ est: vt, si promissor moram incurrat, purgare eam possit. Ma- D ximè: quia rigor ille, qui habetur in d. l. si quis maior, fundatur in odio quodam, quo dignus esse videtur is, qui dolosè & malitiosè venit contra transactionem iuratam; vt disputaui libro primo, capit. vndecimo, vbi ostendi pœnas illius constitutionis nequaquam porrigendas esse ad omnem contractum.

CAPVT XIII.

De dote data filiæ vnius ex socijs omnium bonorum, an sit extrahenda de communi; an vero de portione partis tantum?

DIxi libro 8. capit. 4. extrahendam esse de communi. Pro qua sententia addo nunc cõsilium Fabij Torresi septimum libri secundi, vbi adducit plurimas auctoritates; & testatur, esse magis com-

communem opinionem: & ponderat etiam textum in l. omne æs alienum, ff. pro socio, & respondet ad textum in l. si socius, ff. pro socio, eodem modo, quo nos respondimus, & adducit etiam multa alia, quæ videri poterunt.

CAPVT XIV.

An societas omnium bonorum tacitè contrahi possit?

SOcietatem omnium bonorum tacitè contrahi posse, negat Gl. in l. 3. in verb. specialiter, ff. pro socio, Castr. in cons. 349. lib. 1. col. vlt. Alex. cons. 76. nu. 10. lib. 4. Cæpol. cons. 42. in 6. in ciuil. Soci. sen. cons. 73. nu. 9. lib. 1. & alij, quos refert, & sequitur Menoch. cons. 12. num. 10. Fundamentum est in d. l. 3. §. primo vbi dicitur: *cum specialiter omnium bonorum societas coita est, &c.*

B Sed hoc fundamentum per quam leue est: probat enim ille textus, societatem omnium bonorum specialiter, id est, expresse contrahi posse; sed non negat, quin tacitè quoque contrahi possit.

Contrariam igitur opinionem magis communiter DD. secuti sunt, quos refert, & sequitur idem Menoch. lib. 3. præs. 56. num. 37. Rol. cons. 91. num. 26. lib. 1. Non. cons. 64. nu. 9. Turet. cons. 7. nu. 6. lib. 2. Fundamentum plerique ponunt in l. coire, ff. pro socio, vbi dicitur: *coire societatem & simpliciter licet: et, si non fuerit distinctum, videtur coita esse vniuersorum, quæ ex quæstu veniunt, hinc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione conductione descendat.*

Sed & istud fundamentum satis est infirmum: quia illa non est Societas omnium bonorum, cum in ea non veniant legatum & hæreditas, quæ aliter acquiruntur, quam ex quæstu, vt habetur in legib. seq. post d. l. coire, C in societate autem bonorum isthæc omnia comprehendantur, d. l. 3. §. 1. ff. pro soc.

Arbitror igitur communiorem sententiam veriorem esse hac ratione, quam alij adserre soleo: quia societas est contractus, qui consensu celebratur, l. consensu, de actio. & oblig. Consensus autem declaratur non solum verbo, sed etiam factis, l. de quibus, ff. de legib. Si ergo ex factis ipsis apparet de consensu sociorum, eo quòd alias communicauerunt inter se omnia vndecunque prouenientia, nec vllam rationem posuerunt: ex hoc intelligi satis potest, inter eos contractam esse omnium bonorum societatem.

CAPVT XV.

An minor renuntians beneficio restitutionis in integrum cum iuramento petere possit in integrum restitutionem.

D SCribit D. Sfortia Oddus de restitu. in integrum, quæst. 26. art. 6. minori nocere, quod renuntiauerit restitutioni in integrum cum iuramento, quem refert & sequitur amici. Carol. de Grassis in tract. de exceptio. except. 34. nu. 5. & 6. Fundamentum est in auth. Sacramenta puberum, C. si adu. venditionem.

Mihi placet hoc procedere, nisi minor enormiter esset læsus, vel enormissimè, sicuti dicit Vin. Mancin. de iuram. par. 4. eff. 3. numero 8. & latius ibid. 1. eff. q. 8. num. 1. vers. nihil, vbi dicit, hanc esse magis communem opinionem, & æquiorem, quod auth. Sacramenta, & similes non procedant; si iurans, præsertim minor, & mulier sint enormiter læsi. Et fundamentum est: quia vbi interuenit enormis læsio, ibi est dolus re ipsa, l. si quis cum aliter, de ver. obli. l. si superstite, C. de dolo. Vbi autem adest dolus re ipsa, tunc iuramentum non obligat, ex communi, & magis communi,

A de qua testatur idem Mancin. in d. tractat. de iurament. par. 4. eff. primo, num. 2. Erit tamen absolutio petenda a iuramento, vt per eundem Mancin. d. p. 4. q. 1. nu. 4. & vide eundem Mancin. par. 6. quæstione quarta.

CAPVT XVI.

An per restitutionem in integrum impediatur executio instrumenti, stante statuto, reijciente omnes exceptiones, exceptis tribus, puta solutionis, falsitatis et pacti de non petendo?

STante huiusmodi statuto, non impediri executionem, scribit Robert. Lancellot. de attentatis cap. 18. numero. 122. ex mente Benedicti de Barsis. Alex. in consi. 94. nume. 4. vers. Item illa, lib. 4. vbi tamen loquitur, quando statutum dicit, non posse opponi aliquam exceptionem, vel defensionem, Aonded. cons. 18. nu. 85. lib. 1. & consi. 28. num. 31. lib. 2. Fundamentum est in doctrina Bart. in l. 1. §. & parui, num. 8. ff. quod vi aut clam, vbi Bartolus dicit nullum aliud esse remedium hoc in casu, nisi, vt quis soluat & repetat.

Contrariam opinionem amplexus est Oddus de restitut. in integrum, quæst. 42. art. 6. num. 27. cum seq. & plurimi alij, quos refert & sequitur, hanc esse communem, & magis communem opinionem dicens Carol. de Grassis in tractatu de except. 34. Fundamentum est: quia restitutio in integrum nunquam intelligitur sublata, nisi fiat expressa & specialis mentio de ipsa in integrum restitutione, vt notat Glossa communiter recepta in l. Postquam liti, C. de pact. & ibi Dec. nu. 30. & Alciat. nu. 17. latis. Francis. Bec. in consi. 12. nu. 69. Rolan. consi. 68. num. 28. lib. 3. Quod procedit, etiam si statutum vtatur verbis quantumcunque generalibus & prægnantibus, Odd. de restit. in integ. q. 18. art. 6. Aonded. d. consil. 18. num. 82. & 83. lib. 1.

Ego posteriorem hanc sententiam & veriorem & communiorem esse existimo, & sequor. Motus: quia stante hoc præsupposito; quod restitutio in integrum nunquam censeatur sublata, nisi de ea fiat expressa & specialiter mentio, fundamentum contrariæ opinionis statim ruit: quoniam, etsi statutum reijciat omnes exceptiones & defensiones, semper militabit hoc præsuppositum statutum, non censeri tollere exceptionem ac defensionem, quæ competit ex beneficio restitutionis in integrum, cum de ea non fecerit expressam mentionem. Et ideò differentiam nullam esse puto: an statutum tollat omnes exceptiones, an verò tollat omnes exceptiones & defensiones. Etsi enim restitutio in integrum est defensio: non tamen intelligitur sublata sub verbis generalibus, cùm oporteat fieri de ea specialem mentionem: nisi statutum ita generaliter tolleret omnes defensiones & omnia remedia, vt necessario etiam restitutionem in integrum includeret, sicut declarat Aondedeus in consil. 28. num. 26. & seq. lib. 2.

CAPVT XVII.

An pendente in integrum restitutione, requirente altiorem indaginem, retardari debeat executio?

SEmper Bartolus existimauit: executionem non impediri, vbi restitutio altiorem postulat indaginem, vt in l. 4. §. condemnatum, nu. 3. de re iud. in l. Defendente, ff. de auth. tut. in l. si prætor, §. Marcellus, de iudi. & Bartolum multi secuti sunt, quos refert Oddus de rest. in integ. q. 43. art. 4. nu. 63.

Ar-

Argumenta sunt ista. Primum ex l. vlt. C. si ex fal. instr. ibi: *manifestis probationibus fuerit ostensum*. Secundum ex l. 4. C. de fals. ibi: *commoranda solutionis gratia, &c.* Tertium ex l. si Prætor, §. Marcellus, ff. de iudic. ibi; *liquido fuerit approbatum*. Quartum ex auth. quæ supplicatio. C. de precib. Imper. off. vbi supplicatio non suspendit executionem. Quintum ex c. suscitata, de restitut. in integr. ibi: *Ne verò per excogitatam malitiam, &c.*

Postremum: quia in iudicio summario non admittuntur exceptiones, quæ requirunt altiorem indaginem, l. ille à quo, §. si testamento, ff. ad Trebell. l. 3. §. ibidem, ff. ad exhib. in executione autem facienda procedi summariè, probatur in l. à diuo Pio, §. si super, de re iud. Ripa in dict. §. condemnatum, num. 20.

Istis non obstantibus, contraria opinio verior & communior est, vt testatur Ripa in d. l. 1. §. condemnatum, nu. 30. de re iudic. Lancell. de attentat. c. 18. num. 19. D. Cæphal. consil. 116. Couarr. pract. quæst. quæst. c. 25. num. 7.

Fundamentum est in l. 1. C. in integ. resti. postul. vbi dicit textus: *postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere*: idem probatur in l. si caussa cognita, C. de transactio. & in l. defendento, ff. de author. tutor. In quibus locis probatur: pendente in integrum restitutione, nihil esse innouandum, quod multis confirmat Lancellot. vbi supra num. 11. cum seq. Nec vlla adhibetur in his textib. distinctio: an requirat altiorem indaginem, vel non: & an petens in integrum restitutionem probationes habeat in promptu aliquas; vel non, ex quibus dare possit fumum boni iuris, (vt loquuntur practici.) Ergo nec nos distinguere debemus, vulg. l. de pretio, ff. de publiciana.

Ad primum argumentum respondeo: ibi textum non loqui de restitutione in integrum: & eodem modo tollitur secundum; tertium & quartum.

Ad quintum respondeo: textum illum loqui, quando petens in integrum restitutionem præsumitur calumniosè eam petere.

Ad vltimum respondeo argumentum procedere in exceptionibus oppositis, quæ si requirant altiorem indaginem, non admittuntur in iudicijs summarijs, & ita loquuntur leges adductæ. Restitutio autem in integrum non est exceptio: sed est remedium iuris, quod suspendit executionem sicut appellatio, vt est textus in d. l. si caussa cognita, C. de transact. Constat enim, appellationem suspendere executionem rei iudicatæ: nec opus esse, vt appellans habeat probationem in promptu, vel ad dandum fumum, vel ad alium effectum: quoniam sufficit, vt temporibus constitutis iura sua producat & alleget: etsi enim requirant altiorem indaginem; nemo tamen dixerit, executionem pendente appellatione fieri posse.

CAPVT XVIII.

Vtrum restitutio in integrum aduersus tres conformes impediat executionem?

Celebris est controuersia inter Baldum & Salycetum, vtrum in integrum restitutio aduersus tres sententias conformes impediat earum executionem. Etenim Salycetus affirmat: Baldus autem negat: Ambo in l. prima C. ne lic. tertio prouoc. & quod eam celebriorem reddit, vtraque communis est & communior esse videtur propter numerum eorum, qui modo vnam, modo alteram sententiam amplectuntur. Et, quod mirabile videri potest, Rota Rom. in hoc articulo sæpe variauit, modo Baldi sententiam amplexa, modo Salyceti; sicut & imperialis Camera. Vide omnium ferè authoritates congerentem, &c. de his omnibus (quæ dixi) testem locupletissimi Rob. Lancel. de attent. c. 18. nu. 81. cum pluribus seqq. & post eum Odd. de restitut. in int. q. 43. & nouiss. Rotam decis. 346. num. 8. parte prima, in nouiss.

Sed nos, qui veritatis studio tenemur, non tanti facimus Doct. authoritates, quanti eorum rationes, & fundamenta. Fundamentum affirmantis sententiæ positum est in reg. commun. quod restitutio in integrum suspendit executionem, l. 1 C. in integ. rest. postula. cum alijs concordantibus, quæ regula non reperitur limitata eo in casu, quo restitutio postulatur aduersus tres conformes: quia textus in clem. vt calumnijs, de re iudic. loquitur de nullitate: non autem de restitutione in integrum. Fundamentum negantis sententiæ positum est in dicta clem. vt calumnijs, arguendo à nullitate ad restitutionem in integrum: quia militat eadem ratio, vt scilicet calumnijs obuietur, etiam in restitutione. Ideò, cum ratio sit expressa, in ipsa lege, fit extensio ad casum omissum in quo eadem ratio militat: quoniam videtur comprehensus, vt latè declarat Ripa in l. si constante, numero 63. ff. sol. matr.

Ego puto omnem difficultatem in hoc positam esse; an ratio dictæ clementinæ locum habeat in restitutione in integrum? nam, si eadem ratio militat etiam in restitutione in integrum; non dubito, quin militare debeat eadem iuris dispositio non solum, ex supradicta regula, in materia extensionis, vbi ratio est in lege; verum etiam ex textu claro in c. suscitata, de restit. in integr. vbi patet: restitutionem non impedire executionem sententiæ, quoties adest præsumptio calumniæ. Cùm igitur ratio d. clem. fundata sit in præsumptione calumniæ; si dixerimus, eam locum habere etiam in petente restitutionem in integrum aduersus tres sententias conformes, nulla erit dubitatio; quin executio effectum sortiri debeat: nec vllo modo retardanda sit sub prætextu restitutionis in integrum; sicuti non retardatur, quoties dicitur de nullitate.

Cogitanti igitur mihi: an militat eadem ratio in restitutione in integrum, quæ militat in nullitate, videtur nequaquam militare; quia magna est præsumptio, quod tres sententiæ conformes rectè & ritè fuerint prolatæ: & consequenter magna est præsumptio aduersus eum, qui nullitatem earum allegat. Ista ratio non habet locum, quando petita est in integrum restitutio: fieri enim potest, vt sententiæ sint validæ & iustæ: & tamen locus sit restitutioni in integrum, propter læsionem minoris viginti quinque annis; vel etiam maioris, qui vel non potuit, vel nesciuit, vel neglexit producere iura sua. Certè non errauit Iudex: quia debuit iudicare secundum allegata & probata: nec petens in integrum restitutionem prætendit iudicem errasse, aut iniustè pronuntiasse: sed prætendit, se læsum, quia ignorauit; vel neglexit; vel quia non potuit docere de iure suo, ita vt iusta caussa subesse videatur restitutionis in integrum petendæ.
Cùm igitur cesset calumniæ præsumptio in petente in integrum restitutionem; ex his caussis meritò cessare debet dispositio d. clem. vt calumnijs.
Et hanc meam rationem sensisse videtur etiam Odd. d. quæst. 43. artic. 3. num. 57. vers. Aut restitutio, & ita iuris esse existimo.

A

CAPVT XIX.

Vtrum reſtitutio in integrum impediat executionem ſententiæ, quando executio fuit petita ante petitam reſtitutionem?

SI prius executio petita ſit, quam in integrum reſtitutio, multi dixerunt: executionem non eſſe ſuſpendendam, Bald. in l. vlt. num. 4. C. ſi ex falſ. inſtr. Alexand. in conſil. 62. num. 4. lib. 6. Ripa in l. 4. §. Condemnatom, num. 30. in fine, de re iudic. Dom. Cæphal. conſil. 263. in fine. Fundamentum eſt: quia textus in l. vnica. C. ſi in integr. reſtit. verb. poſtul. volens impediri executionem eſt intelligendus; quando reſtitutio principaliter poſtulatur per viam actionis. Sed in caſu iſto videtur proponi per modum exceptionis, cum prius petita ſit executio, quaſi ad impediendam ipſam executionem, quam petita ſit in integrum reſtitutio.

B

Contrariam ſententiam plores alij amplectuntur, adeo vt hæc ſit communior ſententia, Lancellot. de attentat. cap. 18. nume. 116. cum ſeq. Odd. de reſtit. in integrum, q. 43. artic. 7. Huius ſententiæ fundamentum ſtat firmum in regula communi, quæ docet: reſtitutionem in integrum impedire executionem, vt in d. l. vnica. Et hæc videtur mihi verior: quia, quod dicitur: textum illum loqui, quando principaliter in integrum reſtitutio poſtulatur actione propoſita, nihil mouet, cum textus ille abſolutè & generaliter loquatur. Et quanquam, vbi prius petita eſt executio, videatur reſtitutio petita in modum exceptionis: non eſt tamen exceptio, nec mutat naturam ſuam; ſed remanet iuris remedium aptum natum ſuſpendere executionem nondum factam: nec proponitur in modum exceptionis; ſed ita ſe res habet. Vnos petit executionem, alter proponit in integrum reſtitutionem; lex eſt in medio ſtantens; pendente in integrum reſtitutione, nihil eſſe innouandum, vt in dicta l. vnica.

C

CAPVT XX.

Quid ſit captatoria voluntas?

ERror fuit veterum iuris interpretum multorum, cùm exiſtimarunt: captatoriam eſſe illam inſtitutionem, *quos Titius voluerit*, de qua fit mentio in l. illa inſtitutio, de hæredib. inſtit. nam textus ibi non dicit, eſſe captatoriam: ſed vitioſam, ſecundum opinionem veterum, qui decreuerunt, teſtamentorum iura firma per ſe eſſe oportere: non autem ex alieno arbitrio pendere. Et hoc intellexerunt etiam Cumanus in lege Captatorias, ff. eod. titul. & Decius in leg. Captatorias, C. de milit. teſtam. Poſt hos idem docuit Alciatus lib. 2. Parerg. capit. 31. Anton. Aug. libro 4. emendat. capit. 15. & alios adducens Sarmien. lib. ſecundo, ſelect. capit. quarto, in princip. Quorum ſententia ex legum fontibus hauſta liquidò comprobatur, vt eſt text. in lege Ille autem, de hæred. inſtit. & in l. 1. de his, quæ pro non ſcriptis habentur, & in lege Captatorias, ff. de hæred. inſtit. quibus adde Conſtant. Hermanopolum, lib. quinto, cap. octauo. Coraſ. lib. quinto, Miſcel. cap. 13. Conan. lib. 10. com. capit. 6. numero 5. Vaſq. de ſucceſſ. crea. lib. 2. numero 17. req. 27. Menoch. conſil. 408. num. 1. Petr. Greg. ſyntag. iur. par. 3. lib. 39. cap. 9. Rota deciſ. 142. num. 8, & 11. in 1. par. nouiſſ.

D

CAPVT XXI.

An ſit captatoria voluntas, cum duo, puta coniuges ſimul teſtantur; vnumque & eundem hæredem inſtituunt, ita vt alteri liceat reuocare?

LEgitimam eſſe hanc diſputationē etiamſi alteri reuocare ſuum teſtamentū liceat, reſpondit Olſtad. in conſil. 174. Bal. Iaſ. & Alciat. in l. licet, C. de pact. Tiraquell. de iure primogen. quæſt. 68. Petrus Pachius de teſtam. coniugum, cap. 18. Et ratio eſt: quia nulla hic captio conſiderari poteſt, cum nulla adiecta ſit conditio: ſed liberè vterque ex coniugibus hoc fecit, argum. textus in leg. Captatorias, ff. de hæredi. inſtit.

B Franciſcus Sarmientus lib. 2. ſelectar. cap. 4. num. 2. damnat hanc ſententiam multis rationibus, exiſtimans: eſſe captatoriam inſtitutionem: quia ex conuentione & correſpectiuè facta eſſe intelligitur. Reſponderi poteſt: imò ex mera affectione & voluntate teſtantium prouenitſe, qui ſic voluerunt facere, quoniam ſic eis placuit.

Secundò mouetur; quia ſemper, quando fiunt iſta teſtamenta, ſimul promittunt inuicem non reuocare. Reſpondetur, hanc promiſſionem nullius eſſe momenti: quia nemo poteſt ſibi legem imponere; qua à priore voluntate recedere non liceat, leg. ſi quis in princ. de leg. 3. & ideò hæc inutilis pactio non debet vitiare vtilem diſpoſitionem, cap. vtilis, de regul. in ſexto.

Tertiò mouetur: quia vltimarum voluntatum commercium non admittitur, l. verba contraxerunt, de ver. ſign. ſaltem inter paganos, l. licet, C. de pact. l. ſtipulatio

C hoc modo, de verb. obl. Sed reſpondetur: hic nullum eſſe contractum, nullumq. commercium: quoniam purè & abſque vlla conditione vtraque inſtitutio proceſſit: nam, ſi conuentio facta eſſet: ſi tu Titium hæredem inſtitueris, ego quoque inſtituam, tunc non valeret, l. Ille autem, de hæredi. inſtit. ſed in propoſito noſtro purè, & ex affectiona ſola ambo teſtatores ita diſponere voluerunt. Ergo nihil proponitur, cum valere non debeat.

Poſtremò mouetur: quia hæc res captionibus & fraudibus expoſita eſt. *Quid enim, ſi unus reſiliat, alio mortuo, vel ignorante, nonnè ſit ſuam illi, qui bona fide proceſſit? An dicemus* (inquit) *pendere, vt ſi vnus reſiliat, omnia corruant, ſitque vltima voluntas vnius ſubiecta voluntati alterius?* ſic ille. Reſpondetur; hæc nullam continere deceptionem; quia captatorium iudicium dici non poteſt, cum duorum ſimilis eſt effectus, & ſimplex religio teſtamenta condentium, vt ex conſtitu-

D tione Theodoſij dicebat Alc. lib. 2. parerg. c. 31. Et, licet ea conſtitutio allegari non poſſit ad deciſionem cauſſarum, cum nō ſit inſerta codici Iuſtinianeo; ſed Theodoſiano. Ratio tamen, qua illa nititur, veriſſima eſt, & iuri noſtro conſentanea. Quid enim aliud ſibi vult Papin. dum ait; *captatorias inſtitutiones non eas ſenatus improbauit, quæ mutuis affectionib. iudicia prouocauerant?* leg. Captatorias, de hæredib. inſtit. quam iſtud ipſum, quod habetur in dicta Nouella Theodoſij? Hinc receptum eſt, vt teſtamentum valeat, quando duo ſe inuicem inſtituunt hæredes, vt tradunt Bald. Salycet. Caſtrenſ. Iaſon, & Alciatus in leg. licet, C. de pactis, Vigl. titul. de teſtam. §. pluribus, Petrus Pechius de teſtam. coniug. lib. 1. cap. 17. Peregr. de fideicommiſſ. artic. 38. num. 62.

CAPVT

CAPVT XXII.

An sit captatoria instantia: cum quis aliam hæredem instituerit ab eo hæres institutus?

RESpondit Ruinus, consil. 20. lib. 2. non esse capiatoriam, motus ex notatis per glossam in l. cum donationis, C. de transact. vbi glossa dicit: valere liberationem debitoris, factam sub modo, videlicet, vt me hæredem instituas: quasi differentia sit inter modum & conditionem, vt si sub conditione fiat, sit captatoria: secus, si sub modo, sequitur. Peregr. de fideic. art. 33. nu. 63. Bero. cons. a3. nu. 14. lib. 2. & q. fa. 86. nu. 7. Simon & Præt. lib. 2. interp. 2. dub 2. sol. 2. nu. 74. & cum distinctione Aondedeus in consil. 69. nu. 89. lib. 2.

Hanc sententiam refellit abundè Couar. in c. cum tibi, de testa. sub numer. 13. & Sarmient. select. l. 2. c. 4. num. 4. & Rota decis. 543. in fine in prima parte, in nouiss. & in his terminis Aonded. consil. 69. num. 89. & seq. lib. 2. Tum, quia non est ratio differentiæ inter modum & conditionem: tum, quia non est modus, sed conditio in proposita facti specie. Quod nulla sit ratio differentiæ inter modum & conditionem, patet: quia vtroque in casu aliquis inducitur ad relinquendam hæreditatem alteri sub spe consequendæ alienæ hæreditatis, & è conuerso alterum inducit ad sibi relinquendam hæreditatem sub spe ablati præmij: in quo consistit ratio captatoriæ voluntatis, vt supra dictum est c. 20. Ratio est: quia per indirectum aufertur libera testandi facultas, vt nouiss. docet Rota decis. 542. nume. 11. in prima par. in nouiss. & Surdus decis. 98. nu. 7.

Non obstat fundamentum Ruini: quia gl. in d. l. cum donationis, fatetur, ex vtraque parte turpitudinem esse in huiusmodi pactionibus: sed in pari caussa turpitudinis (inquit) meliorem esse possidentis conditionem. Hæc autem turpitudo non toleratur in vltimis voluntatibus, ita Couar. vbi supra qui alias adfert etiam responsiones solidas, ad quas me remitto. Et, quod dicitur, modum esse: non autem conditionem, negatur rectè à Sarmiento: quoniam impleri debet ante mortem testatoris, quod est proprium conditionis, vt ibi egregiè ostendit.

CAPVT XXIII.

An sit captatoria voluntas, cùm aliquis instituit vel substitutam personam ab alio eligendam?

FVit controuersia inter Berous, & Parisium super hac facti specie, in qua testator Diamantem matrem suam filio substituerat, cum hoc tamen, vt dicta eius mater deberet eligere de agnatione testatoris, vel alter puerum benè & honestè natum, quem testator ex tunc hæredem instituebat & substituebat. Nam Parisius censuit, huiusmodi voluntatem esse captatoriam & nullius momenti, quantum ad puerum, extra nationem suam eligendum, eo quòd erat persona incerta ex incertis, quo in casu dispositio non valet, ita Paris. in cons. 37. nu. 73. & seq. lib. 3.

At Berous contra in eadem facti specie in cons. 23. lib. 2. quorum responsorum mentionem facit Menoch. in cons. 408. nu. 18.

Fundamentum Parisij consistit in hac incertitudine, quæ operatur, vt si nulla fieret electio à persona nominata, dispositio nullum posset effectum sortiri, l. illa institutio, de hæred. institu. & ibi glossa & DD. latè Peregr. de fideicom. art. 33. numero 7. & Menoch. cons. 408. numero 27. & numero 22. vbi alios adducit.

A Fundamentum autem Beroi in hoc consistit: quoniam substantia dispositionis non est collata in arbitrium alterius, nec in liberam voluntatem: sed tantummodo electio personæ. testator enim instituit & substituit personam eligendam, & persona debet necessario eligi: ex quo infertur, nullum periculum esse, ne dispositio reddatur inanis & elusoria, cum necessaria sit electio, non voluntaria. Ex quo tollitur fundamentum Parisij: & ita decisum fuit ex facto, vt refert Mohedan. decis. 358. cui decisioni vtpote supremi auditoris Rotæ Romanæ acquiescendum puto.

CAPVT XXIV.

Instituo Titium hæredem, si me instituerit, an valeat aliqua ex his institutionibus?

B

RESpondit Ruinus in cons. 10. lib. 2. num. 8. valere institutionem seu substitutionem, primo loco factam: sed inutilem reddi illam conditionem, si me hæredem instituerit, veluti turpem & impossibilem: quia conditio turpis & impossibilis in vltimis voluntatibus vitiatur, & non vitiat, l. 3. de condit. & demonst.

Contrà respondit Didac. Couarr. in cap. cum tibi, sub nume. 13. de testa. non valere ipsam institutionem, veluti captatoriam: & idem respondit, ac decidit Rota decis. 543. in prima parte inter nouiss. & Surdus decis. 98. quibus & ipse assentior: nam, cum hæc sit voluntas captatoria, vt omnes fatentur, l. illæ autem institutiones, de hæred. insti. l. 1. ff. de his, quæ pro non C script. habentur, Menoch. latè consil. 408. in princ. non video, quo pacto sustineri possit, cum Senatusconsulto cautum sit, eas non valere, nec ratas esse. Nec hic locus est regulæ l. 3. de cond. & demonst. quia hæc conditio non est turpis, neq; impossibilis: Nihil enim proponitur cur hæres ab aliquo institutus non possit eundem hæredem instituere, vt dicebat Couar. vbi suprà. Maior difficultas est; an valeat secunda institutio in proposita facti specie. exemplum. Titium hæredem instituo, vel substituo, si me hæredem instituerit vel substituerit. Hæc prima non valet: quia captatoria est, vt dixi. Nunc quæritur: quid, si Titius me instituat, vel substituat, an hæc secunda sustineri possit etiam prima sublata? Et dicebat Alex in l. cum donationis, numero secundo in fine, C. de transact. secundam hanc institutionem, siue substitutionem, intelligendam esse rebus sic stantibus, id est, posito quod prima institutio, vel substitutio effectum habeat: quia D quælibet dispositio intelligitur, rebus sic stantibus, l. quod seruus, ff. de cond. cau. data.

Contrarium voluit Castr. in l. captatorias, numero quarto & ibi Dec. nu. 14. C. de milit. testam. cum alijs adductis per Surdum decis. 63. vbi dicit: hanc esse communem aduersus Alexandrum: quia non est prohibitum, aliquem instituere sub ea conditione, si me instituerit, d. l. illæ autem, ff. de hæred. inst. Bart. in l. Titio centum, §. Titio centum, el. 1. de cond. & demonst. Ergo huiusmodi institutio valet & impleri debet: si enim aliqua est turpitudo, vel captio, ea est in prima Institutione: non autem in hac secunda: quoniam hæc est libera, cum nemo cogatur instituere hæredem eum, à quo fuit institutus, sibiq; imputare debet, si non animaduerterit primam illam institutionem nullius esse momenti, & reuocari ad libitum posse.

Ex quibus tollitur ratio Alexandri, quoniam præsuppositum eius non verificatur, videlicet, secundam insti-

institutionem intelligendam esse, si modò prima subsisteret: quia hoc est impossibile, quod prima subsistat, quoniam captatoria est, & Senatusconsulto vetita. Quamobrem perinde est, ac si secunda contineret impossibilem conditionem: at impossibilis conditio non vitiat, sed vitiatur, l. 3. ff. de cond. & demonstr.

CAPVT XXV.

An valeat institutio hæredis collata in arbitrium tertij per verba importantia arbitrium boni viri?

CVm testator ita dixit: instituo Gaium, si Titio videbitur, vel si Titio placuerit, vel similibus, verbis denotantibus arbitrium boni viri, de quibus per Menoch. de arbitr. quæst. 8. controuersia est, an valeat huiusmodi institutio? Affirmant valere Castrens. in l. captatoria, nu. 3. C. de testam. mil. Calcan. consil. 107. nu. 1. & consi. 108. nu. 4. Roderic. Suarez de captato. volunrate, num. 17. Negant autem Decius in d. l. captatorias, nu. 7. & in consil. 494. num. 5. cum quo videtur transire Peregr. de fideicom. ar. 33. num. 70. necnon Sarmient. lib. 2. select. c. 6. nu. 4.

Fundamentum prioris sententiæ consistit in l. si sic. de leg. primo & in l. fideicommissa, §. quanquam, de leg. 3. in l. 1. de leg. secundo, & alijs similibus, quibus responsum est: legata & fideicommissa valere remissa arbitrio boni viri. Fundamentum autem autem contrariæ sententiæ positum est in l. illa institutio, de hæred. instit. atque in alijs similibus, quibus cauetur: institutiones liberas esse oportere, nec pendere ex alieno arbitrio. Et hæc posterior sententia videtur esse verissima: quia, si non debent pendere ex arbitrio alieno institutiones hæredum, vt dicitur in d. l. illa institutio. Ergo non possunt pendere etiam ex arbitrio boni viri; quoniam arbitrium per se significat arbitrium boni viri, l. Hæc vendituo, ff. de contrah. empt. Menoch. de arbitr. quæst. 8. numero 29. Non obstat fundamentum alterius opinionis quia loquitur in legatis & fideicommissis particularibus, à quibus differt institutio hæredis, l. Nutu, de leg. 3. iuncta l. iubemus, in fi. C. de testam. declarat Bar. in d. l. illa institutio num. 4.

CAPVT XXVI.

An captatoria institutio statuto, vel consuetudine conualidari possit?

STatuto, vel consuetudine fieri non posse, vt captatoria dispositio valeat, scribit Aret. in l. 2. in secundo not. ff. de vulg. & sequitur Iason. ibi in 2. queque notab. Didac. Couarru. in c. cum tibi, nu. 13. de testam.

Fundamentum est: quia huiusmodi dispositio est contra bonos mores, veluti continens captionem, ac dolum quendam, & prauam alienæ hæreditatis ambitionem, l. ille, de hæred. inst. l. 1. ff. si quis aliquem testar. prohib. l. si maiores. C. de transact. §. manet. Instit. de societ. Ergo huiusmodi statutum, vel consuetudo esset contra bonos mores: & per consequens non valeret, cap. etir autem lex, 4. distinct. l. 1. de doli except.

Contrariam opinionem magis communiter DD. secuti sunt, videlicet, Ang. Imola, in l. captatorias, ff. de hæred. instit. Alex. in l. captatorias, C. de testa. mil. Socin. & Ripa in l. 2. de vulg. & multi alij, quos refert & sequitur Tiraq. de legib. connub. glo. 5. nume. 86. in fine & communem dicit Vasq. de succ. creat. §. 3. num. 19. & §. 17. num. 86. licet alteram opinionem

A defendat Bened. in c. Raynutius, de test. in ver. condidit, el 1. num. 6. Sarmien. lib. 2. select. c. 4. nu. 9. Gomes. ad l. Tauri 32. num. 5.

Fundamentum est: quia huiusmodi dispositiones ante senatusc. permittebantur, & sic videntur esse iuris positiui, consequenter permissa est mutatio, §. vlt. insti. de iure natur. Nec obstat illa captio: quia dum statutum, vel consuetudo approbat huiusmodi dispositiones, non præsumit huiusmodi dolos, & fraudes.

Ego puto, priorem sententiam veriorem esse: quia huiusmodi dispositiones sunt contra bonos mores, & liberam auferunt testandi facultatem, vt dicebat post alios Rota decis. 541. num. 10. 11. Ergo non potest consuetudo, vel statutum efficere, vt valeant; quia huiusmodi statutum, & consuetudo essent contra rationem; Ergo nihil valeret, c. vlt. de consuet. cap. erit autem lex, 4. distin.

B Non obstat, primò quod dicitur: ante senatusc. permissas fuisse huiusmodi dispositiones: quia nondum erat animaduersum & cognitum; fraudem, dolum & captionem inesse: & ideò ex multis moribus bonæ leges proficiscuntur. Non obstat secundum, quòd dicitur: hæc esse iuris positiui, & ideò mutationi obnoxia: quoniam fundatum est hoc ius in ratione naturali, in ipsa iustitia, & honestate; quæ dolos, captiones & fraudes abhorret: & ideo mutari non potest istud ius dispositiuum absque offensione iustitiæ & honestatis, quæ sunt anima ipsius legis. Non obstat tertiò, quod dictum est: supponat approbatione huiusmodi dispositionum ex statuto vel consuetudine, tunc cessare malam præsumptionem: quia hoc negari potest, videlicet hoc modo: quod statutum, vel consuetudo non præsumant quidem fraudes & deceptiones, sed malè & absque caussa rationabili: quemadmodum, si occasio delinquendi data esset, non C ideò id iustum videri posset, quod quis diceret, nihil mali suspicandum esse: nam, cùm lex iusta, & honesta & similiter consuetudo rationabilis esse debeat; omnes tollere occasiones delictorum debet: non autem aperire, l. conuenire; ff. de pactis dotal. cum concordan.

CAPVT XXVII.

De simulatione contractus ex pacto, de retrouendendo, & modicitate pretij, & de æstimatione rei venditæ cum tali pacto?

AN vsura præsumptio oriatur ex pacto retrouendendi, & modicitate pretij? multa dixi lib. 3. c. 12. quibus addo decisionem 123. Bononiensem Cæsaris Barzij, vbi copiosè auctores commemorantur. Et addo insuper: considerandum esse, D an in æstimanda modicitate pretij sit habenda ratio oneris, quod emptor in se suscipit ex pacto huiusmodi de retrouendendo. Cuius rei caussam attulisse videtur Pinellus, & Hierony. Gabriel. nam Pinell. in l. 2. C. de rescin. vend. in 3. par. numero 18. existimat: non immutari rei valorem ex pacto de retrouendendo; sed simpliciter rei pretium attendi oportere, non deducto onere, ex dicto pacto resultante. Idem respondit Hierony. Gabriel. consil. 74. numero 21. libr. 1. Et fundamentum est, quoniam iura videntur præsumere simulationem ex his duobus, videlicet, ex pacto redimendi, & ex pretij modicitate simpliciter considerando æstimationem ipsius rei, nulla mentione habita diminutionis pretij, quæ fieri debet propter pactum, c. ad nostram, de emp. & vend. c. illo vos, d. pignor.

Hæc sententia communi Dd. sententiæ repugnat, & rationi: etenim etiam in terminis præsumendæ simula-

ſimulationis habendam eſſe rationem pacti de retro- A
uendendo tanquam oneris, ex quo pretium ſit dimi-
nuendum, vno ore Dd. noſtri tradunt, Rolan.conſ.58.
nume.1.&lib.3.vbi alias adducit Aonded. conſ.33.nu.
29.li.2.nouiſſ.alios plurimos adducens Cæſar Barzius,
deciſ. Bonon. 123. num.6. Surd. deciſ.34. numero. 3.
Quod autem hæc ſententia rationi repugnet manife-
ſtum eſt: quia res cum pacto retrouendendi ſemper
venditur meliori pretio, quam ſi vendatur liberè, & ab-
ſque tali pacto, adeo vt res, quæ valet centum,abſ-
ſque illo pacto, æſtimari debeat ſeptuaginta propter
illud pactum, Socin.ſen.conſi.15 num.55.lib.1. Tiraq.
tract. conuent. in præf.num.20.Burſ. conſi. 117. num.
15.Rol. d.conſ.58.nu.15.& 16.lib.4.Maſcard. de prob.
concl.447.num.13.Aond.d.conſ.33.num.31.lib.2. Ete-
nim negari non poteſt, quin maximum ſit, & graue
onus emptoris ex eo,quod tenetur venditori ipſam re-
trouendere: & ideo dicitur pars pretij,§. fundi par- B
tem,de contrah. empti.& ſic deduci debet onus iſtud,
vt bene declarat Ripa in l. 1. §. ſi hæres, ad Tre-
bellian.

Quibus ita ſtantibus,nihil obſtat argumentum con-
trariæ ſententiæ: quoniam etſi nulla fiat mentio in
dictis textibus huius diminutionis pretij propter pa-
ctum de retrouendendo: non tamen id negatur in di-
ctis textibus. Ergo ſtandum eſt rationi, & æquitati,
quæ nos cogitarem minoris æſtimare propter huiuſmo
di pactum de retrouendendo.

CAPVT XXVIII.

Pactum de non alienando an impediat alienationem, et dominij translationem ſtante hypotheca generali?

PActum de non alienando non impedit transla- C
tionem dominij in alium,l. ſi ita quis,§.ex lege,
de verb.obl. l. ex lege, C. de cond. ob cauſ.ſi ta-
men res obligata ſit paciſcenti ſpecialiter,ex ioter om-
nes conuenit,impedit alienationem, vt poſt textus in
l.ſi creditor,§.vlt.ff.diſtract.pign. Verum,ſi non ſpecia-
liter res obligata ſit; ſed ſit autem generalis hypotheca,
vtrum illa ſufficiat ad impediendam alienationem, est
non vulgaris controuerſia eſt. Etenim generalem hy-
pothecam hoc in caſu non ſufficere communis ſenten-
tia eſt, ſecundum Neguz. de pign. in v. membr. 2.par.
numero quinto Rol.conſil.62.col.pen. libr. 2. & multi
alij quos refert, & ſequitur Paregr. de fideicomm.ar.
50.numero 77.Primò: quia textus in d. l. ſi creditor,§.
vlt. in quo ſolo fundata eſt concluſio, quod impedia-
tur alienatio per huiuſmodi pactum, cum hypotheca
loquitur de hypotheca ſpeciali; non autem de genera-
li.Secundò: quia hypotheca ſpecialis magis afficit rem,
quam generalis, l. 1. & ibi gloſſ. notat, C.de neceſſ. D
ſeru. hæred. inſtit. Neguz. vbi ſup. in 2. memb. 2.par.
numero decimo, vbi alia adducit. Tertiò: quia tex-
tus ille in d. l. ſi creditor, §. vlt. videtur deuiare à
regula communi, quæ permittit alienationem, non
obſtante pacto ſupradicto: repugnat enim regulæ
text.in d.l.ſi ita quis,§.ex lege,& in dicta lege ex lege,
& ideò tanquam continens ius ſingulare videtur
eſſe reſtringendus intra limites, in quibus loquitur,
id eſt, in hypotheca ſpeciali, argum. l. quod vero, ff.
de legibus.

Contrariam ſententiam plurimi amplexi ſunt, vo-
lentes ſufficere hypothecam generalem, Corn. in
conſilio 321.libro quarto, Cagnol. in l. 2. nume.175.
C. de reſc. vend. empto. & vendito. Boer.deciſ. 182.
Socin. iun. conſil.78.numero nono, libro primo, Pa-
riſ. conſil. 100. libro quarto, & multi alij, quos refert,
& ſequitur dicens:hanc eſſe communiorem ſenten-
tiam, Franciſ. Beccius in conſil. 80. per totum. Funda-
mentum eſt; quia tantum operatur generalis hypothe-
ca quantum ſpecialis; quia quo ad ea,quæ comprehen
duntur ſub genere idem operatur generalis diſpoſitio,
quod ſpecialis quo ad ea,quæ continentur ſub ſpecie,
l.ſi duo in fine,ff.de adm.tut.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi verior: quia,
conſideranda eſt ratio legis, non cortex verborum.
Ratio, propter quam impeditur alienatio propter
pactum de non alienando, prouenit ex hypotheca:
non autem ex ſolo pacto. Nam promiſſio de non alie-
nando producit obligationem perſonalem ad intereſ-
ſe, vt habetur in d. §. ex leg. Hypotheca autem
producit ius in rem ipſam, quod quidem ius reale
impedit alienationem: & hæc eſt ratio textus in d.l.
ſi creditor, §. vltimo, ſi nulla alia ratio conſiderari
poteſt.

Hoc ita ſtante: ſi ius hypothecæ generat ius in rem
aptum impedire alienationem: non video rationem
differentiæ inter hypothecam generalem, & ſpecia-
lem in puncto, de quo agitur: quia, etſi obligatio
ſpecialis in multis differat à generali;tamen nemo di-
xerit,differre in hoc;cùm clariſſimum ſit, tam genera-
lem quam ſpecialem hypothecam producere ius in
rem,l.obligatione,ff de pign. l. 2. C. eod. cum infinit.
ſimilibus, & hoc eſt, quod ponderat etiam Soci.iun.
conſi.129.nu.5.lib.6.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis re-
ſpondeo,fatendo, textum in d. l. ſi creditor, §. vlt.lo-
qui de hypotheca ſpeciali, ſed dico eandem eſſe ratio-
nem in hypotheca generali,vt iam dixi.Ad ſecundum,
concedo in multis caſibus, differre hypothecam gene-
ralem à ſpeciali; ſed ſatis eſt mihi,generalem hypotha-
cam tantum operari, quantum operetur ſpecialis,
quantum ad inducendum ius in rem, in quo ſolo iura
fundatur deciſio dicti §.vlt.Ad tertium reſpondeo, de-
ciſionem dicti §. vlt. non eſſe exorbitantem à iure
communi, quia regula textus in d. §.ex lege, loquitur
de ſimplici obligatione perſonali: non autem de hy-
potheca.

CAPVT XXIX.

An ſtatutum præferens in ſucceſſione agnatos cognatis locum habeat in hæreditate Clerici?

NEgat,locum habere huiuſmodi ſtatutum in
hæreditate Clerici,Imola in c. quod Clericis
nu.4.de for. compet. quem ſecuti ſunt pluri-
mi,quos refert Burſ.conſ. 93. num. 19.vbi poſt Dec.in
cap.Eccleſia Sanctæ Mariæ,n.53.de conſtit.dicit,hanc
eſſe communem opinionem,quam etiam amplexus eſt
Senatus Mantuanus,teſte Surdo deciſio.20

Contrariam opinionem habuerunt multi, Gabr.
Sarra in ad. ad Matthæſ. ſing. 110. Tiraq.de iure pri-
mog.q.45 nume.2.& Burſ. d.conſ. 93. numer.22. cum
pluribus ſeqq. Fundamentum prioris opinionis in hoc
conſiſtit, quod Clerici ſint exempti à Iuriſdictione
ſecularium, vt notum eſt, ergo huiuſmodi ſtatutum
Clericos non comprehendit ex defectu poteſtatis, &
ſic non poteſt ligare Clericum, & eius bona, con-
ſtitueréque ei hæredem contra ius commune. Fun-
damentum verò contrariæ opinionis in hoc conſiſtit,
quod huiuſmodi ſtatuta condita ſint ante Clericatum,
& conſequenter vinculum iniecerint eo tempore,
quo potuerunt; quia tunc ſtatuentes poterant hoc fa-
cere, & ſic bona legate tanquam ſubiecta eorum
iuriſdictioni,& poteſtati. Maximè, cum ipſi Clerici
vtantur beneficio huiuſmodi ſtatutorum ſecundum
communem Dd. ſententiam, de qua teſtatur Pariſ.
conſil.40. numero 20.lib.3. & Tiraq. de iure primog.

quæſtione 44. ergo videtur æquum, vt etiam eidem ſtatuto ſubijciantur, argu. l. non eſt ferendus, de transact. A

Ego priorem ſententiam veriſſimam eſſe exiſtimo: quia ſtatutum, de quo agitur, diſponit de perſonis Clericorum, & de bonis eorum. Neutrum autem videtur fieri poſſe: quoniam nec perſonæ, nec res Clericorum ſubiectæ ſunt iuriſdictioni laicorum, vt notatur in c. Eccleſia S. Mariæ, de conſtitut. Quod diſponat de perſonis patet: quia Clericis ab inteſtato decedentibus ſtatutum decernit, &c. conſtituit hæredem: de bonis autem res eſt clariſſima: quia ſtatutum vult bona deuenire ad certas perſonas, & ſic in effectu ligat Clericos, & eorum bona. Quod cùm fieri non poſſit ſpeciali conſtitutione, nec etiam fieri poterit per generalem. Nunquam enim veniunt in generali diſpoſitione ea, quæ ſpecialiter fieri non poſſunt, l. 1. & ibi notat Dec. in 1. not. ff. de off. eios.

B Non obſtat, quod dicitur de vinculo iniecto ante Clericatum; quia non poteſt dici vinculum iniectum, niſi tempore mortis, quando Clericis ſucceſſio, & hæreditas defertur, vt latè conſiderat ac deducit Surdus in d. deciſ. 20. Non obſtat, quod Clerici poſſint vti beneficio huiuſmodi ſtatuti: quia ſtatuta laicorum, quatenus fauent Clericis, eos comprehendere dicuntur. Quatenus verò ligant eos abſque fauore, & vtilitate eorum, nihil valent ex defectu poteſtatis.

CAPVT XXX.

De fideiuſſore, an liberetur facta prorogatione temporis debitori principali à creditore?

DIſſerui hac de re lib. 2. cap. 83. & poſui, firmauique communem, & veram diſtinctionem: fideiuſſorem liberari, quoties tempus eſt præfixum obligationi: ſecùs autem, ſi præfixum ſit ſolutioni. Addo pro confirmatione Surdum conſilio 445. nu. 7. lib. 3. Andr. Gaill. lib. 2. obſ. 1. & 30. & nouiſſimè addo in hac mate. ia deciſionem Bononienſem Cæſaris Barzij deciſi. 20.

Ampliùs placet vnum annotare atque adiungere: quod ex facto bis mihi proponebatur. Mutuum fuit contractum gratis tempore conſtituto vnius anni, & fideiuſſore interueniente. Labitur annus, prorogatio facta eſt ad ſoluendum debitori fideiuſſore inſcio, & debitore, ob id, vſuras promittente creditori; Vtrum fideiuſſor ſit liberatus? Dicebatur, non eſſe liberatum, ex deciſione Rotæ 860. in antiq. quam refert & ſequitur Theſſaur. deciſio. 125. numero ſexto, vbi decitum eſt, fideiuſſorem non liberari, licet debitori facta fuerit prorogatio ad ſoluendum cum obligatione aliquid ſoluendi pro intereſſe, vt vocant. D

Contrarium reſpondi: quia deciſio illa loquitur, quando non variatur forma primi contractus: ſemper enim fuit ibi contractus depoſiti: & licet vſuræ promiſſæ fuerint per debitorem creditori propter prorogationem temporis ei conceſſam: tamen huiuſmodi vſuræ promiſſæ veniebant ex natura contractus poſt moram debitoris, l. Lucius, ff. depoſ. quod ponderatur in d. deciſ. At in contractu mutui non veniunt vſuræ poſt moram: ſed poſt litem conteſtatam, l. cùm fundus, ff. ſi cer. pet. not. Iaſ. in l. 2. nume. 5. ff. eod. tit. Ergo mutuum fœneratitium longè differt à mutuo gratuito, nec ſe inuicem compatiuntur: ex quo ego infero, fideiuſſorem eſſe liberatum: nam quoties primo

A contractui noua forma adijcitur, tunc facta prorogatione debitori fideiuſſor liberatur, Bal. in l. commendatori; numero. 5. C. de non num. pecun. Soci. ſen. conſi. 62. num. 23. lib. 4. Bertazol. clauſ. 41. gloſſ. 7. ſub num. 5.

Et ratio eſt: quia vbicunque contractus primus eſt incompatibilis cum ſecundo, aut ſecundus cum primo, ſemper fit nouatio, ſecundum communem ſententiam, & veriſſimam, Menoch. libro tertio, præſumpt. 134. numero 39 Surd. conſil. 345. num. 33. lib. 3. vbi infinitos adducit Rota deciſ. 262. nu. 5. par. 2. in nouiſ. Sed mutuum gratuitum, & fœneratitium ſunt incompatibilia, vt patet. Ergo nouatio eſt inducta, & conſequenter fideiuſſor eſt liberatus. Valet enim iſta conſequentia, vt docet Rota in deciſ. 860. in antiq. & fatentur omnes, & res eſt clariſſima: quia nouatio eſt prioris obligationis extinctio: extincta autem prima obligatione, fideiuſſor remanet liberatus: quoniam B ſecundæ non conſenſit, & eſt textus in l. nouatione, C. de nouatio. Gabr. titu. de fideiuſſ. concluſ. 3. in 1. limit.

CAPVT XXXI.

Quod remedium competat ad reſcindendam venditionem propter læſionem vltra dimidiam.

TRes ſunt Doctorum opiniones hac de re. Vna: eaque communis docet: actionem dari ex empto, & vendito. Ita gloſſ. & Bartol. in l. 2. C. de reſ. ind. vendit. Cagnol. qui teſtatur communem ibi, numero 41. Altera: competere officium iudicis, ita docuerunt veteres Doctores, quos refert gloſſa in d. l. 2. necnon Cynus, & Bal. Tertia fuit opinio: competere C condictionem ex lege, ita Pinell. in d. l. 1. c. 1. numer. 26. Fundamentum prioris ſententiæ conſiſtit in l. ex empto, §. ſi quis virginem, ff. de act. empt. & in l. ſed Celſus, §. 1. de contrah. empt. & in l. vnde ſi Nerua, cum l. ſeq. ff. pro ſocio, & in l. venditæ la 2. ff. de act. emp. & in l. 2. C. eod. tit. quibus in locis probatur: dari actionem ex contracto ad reſcindendum ipſum contractum, ob iuſtas cauſas. Nec valet reſponſio Cag. nu. 41. & Pinelli, numero 26. cap. 1. terminos eſſe diuerſos: quoniam hic non reſcinditur venditio præciſè, cum ſit in poteſtate alterius, ſupplere id, quod deeſt iuſto pretio. Nam, ſi datur actio ex contractu, vbi præciſè agitur, vt reſcindatur, nihil proponitur, cur etiam dari non debeat, vbi reſcindi poteſt: vtroque enim caſu militat eadem ratio, quod ſcilicet ex ipſo contractu oritur actio, vel vt reſcindatur ob iuſtas cauſas, vel vt ad iuſtitiam & æquitatem redigatur. D Fundamentum alterius ſententiæ conſiſtit in verbis d. l. 2. ibi: *Auctoritate iudicis interueniente*, quæ verba cum dirigantur ad iudicem, denotant oriri officium iudicis, iuxta gloſſam in l. ſi ſoror, C. de collatio. Sed cùm verba ad iudicem relata, executionem facti reſpiciant, videntur denotare officium iudicis deſeruiens actioni intentatæ, quod noſtri Doctores mercenarium appellant, iuxta doctrinam Decij in d. l. ſi ſoror in 2. limit. C. de colla. Fundamentum denique tertiæ opinionis conſiſtit in l. vnic. ff. de condict. ex lege, vbi dicitur condictio ex lege, quoties alia deficit actio.

Sed præter reſponſiones Cagnoli, quas omitto (quia non placent.) dicimus 1. prouiſum eſſe de actione ad reſcindendum ipſum contractum: quia quoties contractus eſt iniuſtus, & reſciſſione dignus ob iuſtas cauſas; tunc ex contractu ipſo datur actio, ut reſcindatur. Et hoc eſt, quod docet text. in dicta l. uendita, la 2. C. de actio. empt. ubi dicit: actionem uenditi nō facile dari ad reſcin-

reſcindendam venditionem. Ex hoc enim infertur: actionem aliquando dari, vbi ſcilicet iuſta cauſa ſubeſt, vt detur, vt quando continet læſionem vltra dimidiam, ſi enim nonquam daretur, non dixiſſet textus, facilè non dari. Quæ verba oſtendunt regulariter quidem non dari: verum quandoque dandam eſſe, vt dixi.

CAPVT XXXII.

Vtrum hypothecaria actio legatario competat in ipſamet re legata?

CVm tres competant actiones legatarijs, perſonalis ex teſtamento, rei vindicatio, & hypothecaria; controuerſia eſt, an ipſa hypotheca competat legatario in ipſamet re legata? nam competere in alijs rebus non legatis, certum eſt.

Duæ ſunt contrariæ DD. ſententiæ. Vna, quæ communis eſt, non competere, gloſſa in §. noſtra, verſic. hypothecaria, inſtit. de leg. & in l. 1. verſic. in multis. Cod. com. de legatis, Bart. Bald. Sal. & alij in d. l. 1. Neguſ. de pign. in 4. memb. 2. par. num. 158. Berous conſil. 50. n. 8. libr. 2. Ripa in l. 1. num. 65. de legat. 1. Craſſ. §. legatum, quæſt. 76.

Altera verò competere; quæ ſimiliter eſt communis, Socin. ſen. in l. 1. num. 15 de leg. 1. Cynus in l. 1. numero 5. C. commo. de legat. Imola, Caſtr. & Alex num. 26. & Iaſ. num. 132. in d. l. 1. de leg. 1. Gabr. conſil. 46. numero 21. & 43. alios citat Surdus deciſ. 76. numero 9. Fundamentum prioris ſententiæ conſiſtit in regula l. neque pignus, de reg. iur. vbi pignus non conſiſtit in re propria: ſed res legata eſt propria legatarij, l. à Titio in fin. ff. de furtis, ergo legatarius non poteſt habere pignus in re legata. Fundamentum contrariæ ſententiæ poſitum eſt in hoc; quia legatarius habet dominium iure ſpeciali contra iuris regulas abſque traditione, iuxta l. traditionibus, Cod. de pactis. Is verò, qui habet dominium iure ſpeciali, poteſt etiam habere pignus in eadem re, Bart. in l. vlt. col. 2. C. de ſacroſan. Eccleſ. Dec. in l. neque pignus, num. 2.

Ego breuiter exiſtimo: hanc ſententiam poſteriorem veriſſimam eſſe: &, vt hæc res melius intelligatur, notandum eſt id, quod habetur in l. idemque, ff. qui potio. in pign. hab. dicit ibi textus: pupillum habere hypothecam in re empta ex pecunia ſua à creditore. At contra poterat obijci: pupillum non habere pignus; quoniam in fauorem pupilli ſpecialiter conſtitutum eſt, vt ſi res fuerit empta ex pecunia pupilli, etiam alieno nomine, nihilominus pupillus efficiatur dominus rei emptæ, tex. in l. 2. ff. quando ex falſo tutor. & in l. ſi curator, C. de arbitr. tut. Solutio eſt: pupillum habere dominium rei emptæ ex iure quodam ſpeciali, & propterea pignus habere poſſe. ſic igitur & in propoſito noſtro legatarius poteſt habere pignus in re legata, quoniam res legata eſt propria legatarij, ex iure quodam ſpeciali.

Hæc eſt ſententia & mens Doctorum: & eſt ipſa veritas; ſed non clarè enucleata. Quid enim refert, an quis habeat dominium iure ſpeciali, vel iure communi? Ratio igitur indaganda eſt, & cognoſcenda, & tunc res intelligetur. Ea vero hæc eſt: quoniam pupillus habet electionem, vt rem emptam ex pecunia ſua vindicare poſſit tanquam dominus, vel vt poſſit pecuniam ſuam repetere, tanquam creditor. Si vult pecuniam ſuam repetere, tanquam creditor, priuilegium habet hypothecæ, & prælationis. Iſtud eſt, quod habetur in dicta lege idemque, ff. qui potior. in pignor. hab. Iſta electione facta remanet excluſus à rei vindicatione, & dominio ipſius rei: quoniam voluit eligere rem ipſam. Iſtud eſt, quod docet ibi gloſſa in dicta lege idemque. Et hæc eſt ratio, cur pupillus videatur habere pignus in re propria: quia ſcilicet, res verè non eſt propria pupilli: quia noluit rem eligere: ſed pecuniam repetere maluit.

Sic igitur & in propoſito dicendum eſt, legatarius habet electionem poteſtque rem vindicare, vel in perſonam agere, vel hypothecariam intentare, lege 1. C. communia de legat. eligendo hypothecariam excluditur à rei vindicatione, & à dominio ipſius rei, l. cum filius, §. varijs, de legat. 2. Meritò poteſt ipſam rem legatam proſequi actione hypothecaria: quia legata non eſt verè ſua: quia noluit eligere actionem, quæ competit domino, id eſt, rei vindicationem.

Quibus ita declaratis, tollitur argumentum ex reg. l. neq. pignus, quia ex dictis iam patet: rem non eſſe amplius legatarij, ideoq. pignus in re legata optimè conſiſtere.

CAPVT XXXIII.

An mariti bona ſint vxori obligata pro alimento?

INgens conflictus eſt apud noſtros Doct. an mariti bona ſint vxori tacitè obligata pro alimentis, ſicuti obligata eſſe conſtat pro dote reſtituenda, l. vnica, §. de rei vxor. actio. Non agam hic actuarium deſcribendo auctorum nomina, qui affirmantem, vel negantem ſententiam ſunt amplexi: quoniam ſubleuauit nos hoc onere, Anton. Gabriel. tit. de alim. concluſ. 2. & poſt eum Surdus in tract. de alimentis, titul. 8. priuil. 40.

Equidem communis ſententia eſt: obligata eſſe, quaſi alimenta ſint onera facultatum, & tanquam vſuræ debeantur ex pecunia dotali. Sed hęc ſunt ſomnia vigilantium: quia alimenta non ſunt vſuræ dotis, nec onera facultatum: ſed perſonalia onera, videlicet mariti, qui dotem accipit pro oneribus matrimonij ſuſtentandis, l. pro oneribus, C. de iure dota. quamobrem veriſſimam eſſe puto eorum ſententiam, qui negant obligata eſſe.

Primò: quia ſi legumlatores voluiſſent obligata eſſe pro alimentis, facilè id exprimere potuiſſent, ſicut expreſſerunt fauore dotis.

Deinde: quia ſi legantur, & perlegantur omnes tituli, omnes caſus, in quibus de tacita hypotheca proſpectum eſt, nullam certè mentionem fieri videbimus huiuſcemodi caſus alimentorum. Erubeſcendum eſt igitur ſine lege loqui: & communis hæc ſententia reijcienda eſt, quæ nulla probabili ratione nixa reperitur, nullaque auctoritate iuris: nec noſtrum eſt, nouas leges condere: ſed veteres interpretari. Conſtat autem hypothecam non induci, niſi in caſibus à iure expreſſis, gloſ. in fi. in l. 2. de priui. cre. Ripa in l. dabimus, nu. 9. ff. eod. titul. Surd. deciſ. 271. n. 10.

CAPVT XXXIV.

An ſi legetur res obligata, hæres teneatur eam luere, quando eſt obligata pro tanta ſumma, quantus eſt valor ipſius rei?

SI teſtator legauerit rem, quam ipſe alteri obligauerat pro ſumma æquiualente æſtimationem ipſius rei, controuerſia eſt inter DD. an hæres teneatur eam luere, vel legatarius? nam hæredem teneri, ſcribit Gomeſ. var. reſol. tit. de leg. n. 35. vbi dicit, hãc eſſe communem, Viuius commu. opin. lib. 2. verſ. legatum, Craſſ. §. legatum, q. 15.

Contrariam ſententiam multi ſunt amplexi, Iaſon, A
Caſtrenſ. in l. ſi res obligata, de legat. 1. Neguz. de pignor, 3. part. princ, 1. membr. num. 29. Emanuel Suarez in additio. ad Gomeſ. vbi ſupra, & nulti alij, quos commemorat Craſſus loco præcitato. Omnis difficultas conſiſtit in intellectu l. ſi res obligata, de legat. primo in illis verbis: *Vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum, exoluto ære alieno.* Nam, qui putant: hæredem luere oportere, exiſtimant ſenſum illorum verborum hunc eſſe, vt ſi nihil ſuperſit ſoluto debito, pro quo res erat obligata, tunc onus luendi ſpectet ad hæredem: quia, ſi legatarius deberet luere, nullam vtilitatem ex legato perciperet. Sed longè falluntur iſti: quoniam hæc interpretatio destruit textum, vt dicebat Paulus Caſtrenſis ibi.

Verba antecedentia hæc ſunt: Si res obligata, per fideicommiſſum fuerit relicta: ſi quidem ſcit cum teſtator obligatam, ab hærede luenda eſt: niſi alio animo B
fuerit. Si neſciat à fideicommiſſario: niſi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuiſſet; ſi ſciſſet obligatam. His verbis textus ponit regulam & duas exceptiones. Regula eſt hæc: Si teſtator neſciat, reus eſſe obligatam; fideicommiſſarius tenetur eam luere. Exceptiones verò ſunt iſtæ. Prima, Niſi hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciuiſſet obligatam eſſe: Secunda, vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum ex ſoluto ære alieno. Hæc eſt altera exceptio, per quam apparet hæredem teneri eam luere, & non fideicommiſſarium, quando ſoluto ære alieno aliquid ſupereſt. Ergo, ſi nihil ſuperſit, hæres non tenetur, niſi adſit coniectura voluntatis, quę ponitur in prima exceptione. Hic eſt vetus ſenſus conformis verbis textus, ſecundum quem apparet, hæredem non teneri: ſed legatarium in propoſita facti ſpecie ad redimendum rem legatam.

CAPVT XXXV. C

An vſufructuarius poſſit exigere nomina debitorum ſine ceſſione vel mandato hæredis?

MAndatum hæredis neceſſarium eſſe, vt vſufructuarius poſſit exigere nomina debitorum, quorum vſumfructum habet, communior ſententia videtur eſſe, Borgnin. de vſufruct. num. 198. Roland. conſi. 8. num. 19. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Craſſus, §. legatum, quæſt. 14. Quibus adſtipulatur gloſſa in l. vxori vſumfructum, ff. de vſufruct. legat. quatenus dicit, nomine debitorum exigi ab hærede, qui vſufructuario præſtaret, vt ibi glo. tradit in verbo præſtabitur. Sed quid reſpondebitur ad textum in l. 1. §. vltim. de oper. noui nuntiat. dum ait: *Vſumfructuarium procuratorio nomine renuntiare opus nouum?* D
& ibi gloſſ. in ver. procuratorio, dicit: eum cenſeri procuratorem in rem ſuam à domino conſtitutum.

Ego ſanè exiſtimo, ſi vſufructuarius de manu hæredis iam poſſeſſionem acceperit, aut certè ſit in poſſeſſione vſufructus, poſſe exigere ſine mandato ex ratione ſuperius dicta: quod ſi non ſit in poſſeſſione, tunc hæres exiget, & vſufructuario exactum præſtabit, & ſic accipio gloſſam in d. l. vxori, ſequorque hac in re ſententiam Decij in conſi. 418. ſub num. 5. Socin. ſen. in conſil. 131. numer. 12. lib. 1. & aliorum, qui commemorantur à Craſſo, loco ſuperius citato, qui cum contrariæ ſententiæ auctoribus hac diſtinctione propoſita facile conciliari poſſunt.

CAPVT XXXVI.

Si monaſterio aliquid relinquatur vt monaſterio ſub conditione, ut aliquem recipiat in monachum, vel monialem, an legatum debeatur?

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Vna Bartoli in l. Titio centum, §. 1. de cond. & idem, quam Alex. dicit communem in l. 2. C. de inſti. & ſubſtitut. huiuſmodi legatum nullius eſſe momenti.

Fundamentum eſt; quia monaſterium inuitatur ad recipiendum monachum ſub ſpe lucri temporalis, quod eſt Simoniacum, c. Dilectos, c. non ſatis, & c. quominos, de ſimon. Ergo huiuſmodi legatum non valet ad ſimilitudinem captatoriæ voluntatis, quæ non valet, l. ille autem, ff. de hæred. inſtitu. cum ſuis concord.

Altera fuit opinio eiuſd. Bar. conditionem hanc adiectam vitiari: & non vitiare. Ita Bar. in l. 2. C. de inſti. & ſubſtitut. quem ſequitur, & communem dicit ſententiam Iaſ. ibi. nu. 3. alios refert, & ſequitur Craſſ. §. legatum quęſtio. 55. Fundamentum eſt: quia turpes conditiones in vltimis voluntatibus vitiantur, & non vitiant, lege obtinuit, de cond. & demonſtr. Cum igitur hæc conditio ſit turpis tanquam dans occaſionem incurrendæ ſimoniæ, meritò legatum valet, nec vitiatur; ſed ipſa conditio reijcitur, tanquam turpis, & inhoneſta.

Tertia eſt opinio Bald. in l. 1. circa princ. C. de inſtit. & ſubſtit. vbi dixit: valere huiuſmodi legatum, & conditionem eſſe implendam tanquam honeſtam, quemadmodum impleri debet illa conditio legato adiecta, vt monaſterium conſtituatur, c. nos quidem, de teſtam. cum tamen conſtet, monachos fore recipiendos constructo monaſterio.

Ego puto: legatum valere & conditionem reijciendam eſſe: quia non poteſt negari, quin hæc conditio ſit turpis, (vt dictum eſt.) Ergo ſuccedit regula ſupradicta, quòd debet reijci, & legatum debetur. Non obſtat, quod dictum eſt de voluntate captatoria: quia non facit ad rem noſtram, prohibita enim eſt inſtitutio illa: quia captionem continet illius, qui inſtitutus eſt, vt ſupra dixi hoc. lib. c. 20. Maximè: quia captatoria voluntas aufert liberam teſtandi facultatem, ut ibi dixi.

Quod uero ſcribit Baldus de conditione monaſterij conſtituendi refellitur ab Aretino in l. Titia, de uerbor. obligat. ſub numero quinto, uerſic. tertia opinio: quia monaſterium non habet in ſe ingreſſum monachorum: ſed conſtituitur ad effectum talis ingreſſus, conſequenter ingreſſus monachorum prouenit ex iure; non autem ex diſpoſitione teſtatoris: ideò non eſt locus diſpoſitioni, textus in d. c. cum ſatis, & ſimilibus, prohibentibus, quempiam recipi in monaſterium ſub ſpe lucri. Atque ita etiam in dubio pronuntiandum eſt fauore Eccleſiæ, l. ſunt perſonæ, in fine, ff. de relig.

CAPVT XXXVII.

An legatum fundi in genere ualeat?

COntrouerſia eſt inter Doctores ſuper hac facti ſpecie: teſtator fundum alicui legauit ita in genere, nulla adiecta demonſtratione, quęritur, an legatum debeatur, & ualeat? Aliqui putant ualere, ſi teſtator aliquem fundum habeat: ſi uerò nullum habeat fundum, inutile eſſe legatum.

Alij

Alij contra opinantur, inutile legatum esse, siue testator fundum aliquem habeat, siue non habeat. Vide Bart. Ias. Alex. Castr. & omnes in l. si domus, & in l. legato generaliter, de legat. 1. & in l. ita stipulatus, de verb. oblig. & in l. cum post, §. gener. de iure dotium, Anton. Gomesium var. resolut. 1. cap. 12. tit. de legat. sub numer. 31. vers. si verò, & tomo 2. cap. 11. num. 8. vers. nona conclusio, Crass. in §. legatum, q. 61. num. 6. Fundamentum prioris sententiæ est, in l. si domus, de legat. 1. vbi in legato domus simpliciter facto, respondit Iurisconsultus, illud valere; si testator domum habuerit: nam videtur eadem ratio in fundo: imò domus, & fundus in hoc videntur æquiparati, vt in d. l. legato generaliter, de leg. 1. Fundamentum contrariæ opinionis consistit in hoc: quia fundus sola destinatione patrisfamilias constituitur, l. locus, de verb. & rer. sign. l. quod in rerum, § si quis post, de leg. 1. & consequenter legatum fundi videtur incertitudinem continere. Non obstat, quod dicitur de legato domus: quia domus distinguitur per intermedium parietem: & multa alia hincinde deducuntur, quæ breuitatis caussa omitto; quia veritas consistit in paucis.

Puto igitur, legatum fundi in genere nullius esse momenti. Papinianus: *Nec videri simile quòd fundo nō demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fur di constaret*, in l. cum post, §. gener. ff. de iure doti. Quid clarius his verbis? Nunc videamus quid de domo responsum fuerit. Vlpianus: *Si domus alicui simpliciter sit legata; neque adiectum sit, quæ domus, cùm de certa domo testator senserit: non tamen appareat: de qua cogetur hæredes quam domum velit, ex ijs quas testator habebat, legatario dare. Quod si nullas ædes reliquerit, magis derisorium est, quam vtile legatum*, l. si domus, de leg. 1. Hic text. videtur mihi probare idem esse in domo, quod in fundo: quia tunc demum valet domus legatum, quando constat testatorem sensisse de aliqua certa domo. Idem est in fundo legato. Idem Vlpianus: *Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitauit, electio hæredis erit quem velit dare*. l. legato generaliter, ff. eodem titulo, de legat. 1.

Vides, ni fallor, idem esse in fundo legato, quod in domo. At quid ergo labor ille Doctorum in constituenda differentia inter domum simpliciter relictam, & fundum? an, quia putarunt legatum domus valere; si domum testator habuerit: at legatum fundi non valere, licet testator fundum habuerit? vel ita demum valere, si testator fundum aliquem habuerit? Hęc sanè mens Doctorum fuit. At legum auctores aliam mentem habuisse videntur, scilicet, nec domus legatum valere nec fundi, nisi constet testatorem sensisse de aliqua certa domo vel fundo, licet non exposuerit de qua.

Præclarè verò Paulus Cast. in d. l. si domus, nume. 7. D tunc videri de certa domo testatorem sensisse, cùm eam nominauerit, vt domum Seianum, cum haberet plures. Ita & nos de fundo dicamus: testatorem tunc videri sensisse de certo fundo, quando fundum nominauit; puta fundum Titianum, vel Seianum; cùm plures haberet. Quod, si testator nullam domum vel fundum habuerit, licet Seianum vel Titianum nominauerit, tunc elusorium est legatum & nihil valet, vt inquit tex. in d. l. si domus, in fine.

Hunc puto verum sensum esse, ac veram interpretationem. Et ex ea infero: melius locutum fuisse Castr. in d. l. si domus, circa princ. quam Alexan. ibidem, licet Alexandri sententiam secutus fuerit ibi Iason numero 12. & D. Mantica de coniecturis, lib. 10. Tit. 1. nume. 7. Dicebat Cast. non deberi legatum domus simpliciter relictam ab eo, qui vnam tantum domum habebat. At contrà Alexander, deberi: quia de vna tantum, quam habebat testator, sensisse videtur arg. l. Fundus qui, ff. de fundo inst. l. 2. de lib. & posthum.

Fundamentum hoc Castrensis sententiæ suffragatur, quod legatum fundi generaliter seu simpliciter est inutile, & nihil valet, tanquam incertum, d. l. cum post, § gener. ff de iure dot. Nisi constet, testatorem de certa domo sensisse, d. l. si domus. Quod hic non constat: quia non aliter constare potest, quam si testator nominauerit, Castr. ibid. numer. 7 Nec obstat regula d. l. 2. de lib. & posthum. & d. l. Fundus qui, de fundo instr. quia fateor nominatim expressum videri, quod in vno tantum verificari potest: Sed fundi legatum potest in pluribus verificari: quoniam fundus dicitur ex opinione ac destinatione patrisfamilias: ac proinde continere dicitur incertitudinem, nisi constet de certo fundo sensisse testatorem. Itaque, si constiterit, testatorem sensisse de fundo, quem ipse habebat; tunc ille fundus debebitur, quem ipse testator habebat. Alias non
B puto deberi tanquam incertum: quis enim affirmare audeat, testatorem fundum simpliciter legantem de eo, quem ipse habebat, sensisse? nisi dixerit, fundum meum do, lego?

CAPVT XXXVIII.

De stipulatione Notarij, qualiter per eam ius absenti acquiratur & etiam per iuramentum?

MVlta dixi hac de re libr. 8. c. 91. nec recedo à sententia ibidem firmata: sed addo iam dictis & cumulatis Hyppo. Rim. in institu. ad tub. de donatio. nu. 31. vsque ad num. 50. vbi plurimas adducit authoritates Doctorum. Addo insuper Mancinum in tract. de iuram. part. 3. eff. 23. & effectu 172.
C & Cæsarem Barzium dec. Bono. 26. n. 9. Denique: quia multi conantur opiniones conciliare, Addo Rotam Romanam egregiè conciliantem decis. 683. in 1. parte diuersa. quæ sic distinguit: aut quæritur, an sit necessaria ratificatio donatarij ad effectum, vt donatio reuocari non possit à donatore? & dicendum est, non esse necessariam: aut ad effectum acquirendæ possessionis & dominij, & necessaria est ratihabitio. Alias distinctiones vide apud Mancinum locis proximè citatis & Barzium, d. decis. Bononiensi 26. nu. 10. vers. quæ tamen sententia, & vide ibidem, nu. 12. & seq. vbi multa de stipulatione Notarij & iuramento.

CAPVT XXXIX.

Reciproca substitutio: an præsumatur facta, cum, pluribus hæredibus institutis, post mortem omnium testator aliquem substituit?

SCripsi, li. 4. c. 79. non videri reciprocam inter plures hæredes institutos præsumendam, quando facta est post mortem omnium: & non est dicendum vltimo morienti, secutusq; sum ea in re communem Doctorum sententiam. Nunc addo hæc, quæ mihi occurrunt in hac quæstione notatu digna.

Primum: hanc esse communiorem sententiam Doctorum, vt præter eos, quos ibi adduxi, testatur Oddus in tract. de compendiosa, par. 5. art. 6. vers. Retenta tamen, Trecanunguius, de substit. par. 5. c. 2. n. 23. Zanch. in l. Hæredes mei, §. cum ita Trebell. in 6. par. nu. 91. & nu. 93. vers. verumtamen, Burlat. consi. 371. nu. 17. Gabr. consi. 117. nu. 24. lib. 1. Olasc. decis. Pedem. 110. num. 7. Rusticus in tract. de filij in cond. positis lib. 6. c. 5. nu. 17. Nouissimè Cęsar Barz. decis. 6. Bonon. sub num. 8. vers. stantibus igitur.

Secundum est: hanc communem sententiam

multis modis limitari ac declarari, quos eleganter prosequitur idem Cæsar Barzius loco superius annotato, ad quem lectorem remitto.

Tertium est: illam limitationem inter cęteras annotandam esse, quam ponit idem Batiz. 10 d. decif. 6. numero 47. & secuta est Rota Romao. in eadem caussa in decisione ibi posita post decisionem sextam, quæ est septima, num. 9. videlicet, communem illam sententiam non procedere; quando sumus in descendentibus testatoris, quos testator præsumitur voluisse præferre ipsis substitutis, quæ sunt addenda ijs, quæ scripsi lib. 4. cap. 81.

Postremò notandum est; tria concurrere debere, vt inducatur reciproca inter grauatos, primò quòd sint honorati, secundò quòd substitutio facta sit in tota hæreditate, tertiò quòd substitutio facta sit vltimo morienti, Menoch. lib. 4. præs. 61. & cons. 85. nu. 41. & cons. 397. Bursatus cons. 51. & 371. nu. 12. D. Decian. resp. 26. lib. 1. D. Mant. de coniect. lib. 7. titul. 5. num. 15. Simon Præt. de interp. vltim. vol. lib. 3. ibt. 3. dub. 4. sol. 3. Cæs. Barz. decis. Bonon. 5. in princ. & dicuntur honorati filij ad hoc propositum, licet positi sint in conditione, quando sunt grauati. latiss. adductis author. Cæs. Barz. vbi supra, n. 6. & decis. 9. nu. 35. vbi dicit: Rotam illam hanc opinionem tanquam magis communem secutam fuisse.

CAPVT XL.

De filijs in conditione positis annotatio ad cap. 51. lib. 4. controuers.

DE filijs in condi ione positis: an censeantur vocati, ego latè disserui, lib. 4. c. 51. & amplexus sum eorum sententiam, qui putatūt, vocaros censeri. Addo nunc, extare prolixum commentarium hac de re Iosephi Rustici, vbi latissimè disputat: an & quando filij in conditione positi censeantur vocati. Et posito, communem sententiam esse vel magis communem, non censeri vocatos: notandum est, ab hac communi sententia facilè recedi ex aliqua coniectura, Crauet. consil. 113. numero 1. D. Mantica, de coniect. lib. 7. tit. 5. num. 15. Et licet illa sola coniectura non sufficiat, quòd filij sint grauati: alijs tamen concurrentibus res est expedita, quòd intelligantur vocati, Rota Romana apud Puteum decis. 215. lib. 3. Eadem Rota inter decis. Bonon. Cæsaris Barzij, decisio. 8. numerc 4. vbi alios adducit.

CAPVT XLI.

Siquis instituerit, vel substituerit hæredes fratrem suum, & eius filios, an censeatur ordine successiuo eos instituisse, vel substituisse?

SCribit Bart. in l. Gallus, §. quidam rectè, de lib. & posth. num. 4. si quis instituerit, vel substituerit fratrem suum, & eius filios, videri ordine successiuo eos instituisse, & substituisse. Quam opinionem defendit Ruin. ibi. num. 15. Soc. sen. num. 3. Soc. iunior. num. 19.

Contrariam opinionem longè communiorem esse, palam est ex Claro, in §. Testamentum, quæst. 80. vers. Hoc præmisso, D. Mantica de coniect. lib. 4. Tit. 8. numero 19. Menoch. lib. 4. præs. 70. num. 16. & isti plurimos adducunt, quibus adde Cæsarem Barz. decis. Bonon. 9. num. 2.

Fundamentum Bartoli consistit in duabus rationib. Prima est: quia dictio, &, copulatiua videtur esse accipienda hoc in casu pro disiunctiua, propter ordinem affectionis & charitatis; quia scilicet testator magis

A diligere præsumitur fratrem sibi coniunctum, quam eius filios, quemadmodum accidere solet, vt disiunctiua dictio resoluatur in coniunctam, l. generaliter, C. de instit. & substit. l. Lucius, la 5. de hæred. inst. & facit tex. in l. si viua matre, C. de bon. mat. Altera ratio est, quia testator præsumitur se conformare cum dispositione iuris communis, l. Hæredes mei, §. ita, ff. ad Trebell. Ius autem commune dispositio vocat ad successionem proximiores eosq. remotioribus anteponit, vt in auth. de hæred. ab intest. venien. circa finem, & alibi. Cum igitur frater testator sit proximior, ille prius vocatus intelligitur.

Fundamentum vero contrariæ opinionis consistit in natura & proprietate verborum: cum enim plures copulatiuè vocantur, quilibet vocatus esse intelligitur pro sua virili portione, l. Reos, §. cum in tabulis, de duobus reis, l. ex duobus, de legat. 1. l. 1. C. si plur. vna sent. cum simil. Respondet Ruin. loco superius annotato:

B naturam & proprietatem verborum cedere huic præsumptioni, quod testator censeatur se conformasse cum dispositione iuris, & adducit ad hoc doctrinam Bar. in l. vxori, §. Testam. de legat. 3. quatenus Bart. ibi docet, si pater stipulatus sit dotem sibi reddi, & filiæ, intelligendum hoc esse ordine successiuo, videlicet primo sibi, deinde filiæ, cum sui iuris erit: quoniam hæc est iuris dispositio.

Sed breuiter; communem sententiam veriorem esse iudico: & quod attinet ad 1. argum. omissis responsionibus aliorum, dico: non esse bonam consequentiam: aliquando copulatiua resoluitur in disiunctam, vel disiuncta in coniunctam. Ergo, & hoc io casu resolui debet: quoniam nulla est ratio, quæ id persuadere possit.

Non obstat ratio affectionis cosiderata: quia nobis non constat, sicuti considerari potuit, sic consideratam a testatore fuisse: si enim testator eam in animo habuisset cōsiderationem, facilè potuisset exprimere, & prius

C fratrem suum vocare: deinde post eius mortem filios fratris: cum autem simul omnes vocauerit per verba coniunctionem importantia, videtur in mente habuisse id, quod verba significant, l. Labeo, ff de suppel. leg. ac proinde voluisse censetur, omnes æqualiter succedere.

Non obstat altera ratio Bartoli, quòd testator præsumatur se conformare cum dispositione iuris communis. Quia respondet Alex. in d. l. hæredes mei, §. cum ita, n. 10. & 11. ff. ad Trebel. hanc regulam veram esse, quando verba non repugnant. Cum autem verba repugnant, illa regula non procedit, nisi agatur de conseruando testamento: tunc enim, vt testamentum valeat, recedendum est à natura, & proprietate verborum, idem tradit Zanch. in dict. §. hæredes mei, n. 1136. & n. 1156. vbi dicit: illam regulam non habere locum, quādo verba repugnant, & n. 1158. ait: ab hac coniectura facilè recedi, & nu. seq. hanc coniecturam solam non

D sufficere. Non obstat Ruini replicatio, quatenus dixit: Imò etiamsi non agatur de conseruando testamento, spectandam esse iuris dispositionem; testatoremq. censeri secundum eam disposuisse: quoniam Ruinus mouetur ex doct. Bart. in d. l. vxorem, §. Testamento, de legat. 30. Bart. autem ibi hoc dicit; sed mouetur ex his, quæ ipsemet Bart. dixit in l. Gallus, §. quidam rectè, numero 4. de lib. & posth. vbi Bart. dixit id, quod nunc in dubium reuocatur; & propterea præsupponi non debet pro constanti & vero. Maneat igitur communis sententia, pro qua scio allegari etiam text. in c. Raynutius, & c. Raynal. de testam. sed super eis non puto esse immorandum, cùm parum hanc sententiam adiuuare mihi videantur.

CAPVT

CAPVT XLII.

An conditio, ſi deceſſerit ſine filijs, à teſtatore adiecta, deficiat in fauorem neptis contra patruum ſubſtitutum?

HÆc eſt ardua illa quæſtio, in qua extant tàm varia Doct. reſponſa, & de qua diſſerui lib. 4. cap. 57. Ideo autem eam tetractandam hic ſuſcepi: quoniam occaſionem dedit Rota Bononienſis apud Cæſarem Barzium deciſ. 11. n. 6. 7.

Dicitur ibi magis communem opinionem eſſe in hoc articulo, vt diſtinguendum ſit: an vigore ſtatuti municipalis neptis ab inteſtato excludat patruum; vel patruus neptem. Nam ſi neptis patruum excludat ex ſtatuti diſpoſitione, deficiet conditio nec ſubſtituto locus erit; ſin autem patruus neptem excludat, contrarium ſtatuendum erit: quoniam excluſa nepte ſubſtitutus obtinebit. Fundamentum huius ſententiæ in hoc conſiſtit: quia teſtator cenſetur ſe conformare cum diſpoſitione ſtatuti, iuxta textum cum ibi notatis in lege hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel.

Sed nollem, vt verum fatear, hanc ſententiam tantæ authoritatis eſſe, vt rationem vinceret, aut legem. Nam, quod dicitur: Teſtatorem videri ſe conformare cum diſpoſitione ſtatuti, debile fundamentum eſt; tùm, quia ſæpiſſimè contrarium euenit, vt præclarè oſtendit Corneus conſil. 202. numero 8. 9. & ſeq. libro 3. Tùm, quia concluſio illa locum non habet contra verborum proprietatem, quibus teſtator vſus eſt; niſi agatur de conſeruando teſtamento, eòque tuendo à nullitate, vt declarat Alex. in d. §. cum ita, num. 10. & 11. cum alijs adductis ſuprà in capite præced. ad aliud propoſitum.

Quamobrem, illam diſtinctionem repudiandam eſſe exiſtimo, & ad regulas iuris coniecturaſque voluntatis teſtatoris confugiendum exiſtimo, ſecundum ea, quæ dixi d. capit. 57. Et ne ſolus videar eam diſtinctionem: repudiare, non deſunt alij Corneus in dicto conſil. 202. lib. 3. Socin. in conſ. 182. lib. 1. Alciat. conſil. 10. num. 10. lib. 9. & alij, quos commemorat Barzius d. deciſ. 11. num. 7.

Sed poſita diſtinctione, diſputare ſolent: an attendi debeat proximitas grauantis, vel grauati, id eſt, teſtatoris; vel patrui ſecundum formam ſtatuti. Et, quia communior ſententia docet: hoc in caſu ſpectandam eſſe ſucceſſionem grauantis & hæc ſententia Rotæ Bononienſis authoritate corroboratur, vt teſtat. idem Barz. dicta deciſ. 11. Meritò ſecundum hanc ſententiam iudicandum erit.

CAPVT XLIII.

Inſtantia iudicij cœpti inter laicos, an tranſeat in hæredem Clericum.

NOn tranſire dixerunt Anton. Butr. in cap. quia V. numero 12. de iudic. & ibidem Felin. Abb. & Dec. num. 11. Imola & Aretin. Afflictus in pract. ciuili cap. 12. §. 2. num. 54. Sed tranſire dixerunt Ang. in l. hæres abſens, de iudi. Caſtr. Imola, Alex. & alij plures, quos adducit Viuius comm. opi. lib. 2. opin. 418. clericus, & Surdus latè in conſil. 222. num. 16. & deciſ. 116.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia clericus, vt notum eſt, non eſt ſubiectus foro laicali, nec poteſt ſe ſubijcere, & ſi diligenti, de foro competcum alijs multis. Nec iure cautum reperitur: inſtantiam cœptam cum defuncto laico coram Magiſtratu laicali tranſire in clericum hæredem Laici. Ergo ſtandum videtur generali priuilegio, quo clerici ſunt exempti à iuriſdictione, & foro ſeculari.

A Fundamentum vero contrariæ ſententiæ poſitum eſt in eo, quòd generali iuris regula cautum ſit, inſtantiam cum defuncto inchoatam tranſire in hæredem, l. ſi conſtante, §. vlt. ſol. matr. & ibi Alex. in 2. col. & alij plures, quos commemorat Surdus d. conſ. 222. numero 10. Nec ex perſona hæredis deterior fieri poteſt cauſſa obligationis. l. 2. §. ex his, de verb. oblig. Nec poteſt quis euitare iudicium ſeculare, quod incepit, cum erat laicus, licet poſt cœptum iudicium factus ſit clericus, vt docet Bald. in l. ſi quis poſteaquam, ff. de iodicijs.

Puto ego, poſteriorem hanc ſententiam, & communiorem eſſe, & melioribus rationibus monitam, ac præſertim niſi magna æquitate, ne proceſſus nouus inchoari debeat coram eccleſiaſtico iudice, ne continentia cauſæ diuidatur, & vt iudicium ibi finiatur, vbi cœptum eſt. Non nego tamen, rem eſſe dubiam ac proinde opinionem eam eſſe amplectendam in praxi, quam ſummus Pontifex, & eius Curia ſeruare ſolet. Vide deciſio. 552. Obligatus in antiquis, vbi videtur propenſa in fauorem clerici, vt lis trahatur ad Eccleſiaſticum. B

CAPVT XLIV.

An filius emancipatus teneatur conferre donationem ſimplicem?

DE collationibus multa dixi in ſuperioribus libris: ſed omiſſi, ni fallor, diſputare: an donatio ſimplex à patre collata in filium emancipatum conferri debeat? Hanc igitur hic expediam, & breuiter concludo, conferendam eſſe, ſecutus hac in re communem DD. ſententiam Bart. in auth. ex teſtamento, C. de collation. num. 1. col. pen. verſ. alia eſt communis ſententia: idem Bart. in l. 1. §. Nec caſtrenſe, column. pen. de collatio. bonor. Alex. in l. vt liberis, §. vlt. C. eod. tit. & in d. Authen. ex teſt. numero 4. Vitalis in tract. de collatio. cap. 2. numero 4. Fundamentum eſt præclarum & ſolidum in d. l. vt liberis, §. vltim. C. de collatioo. in illis verbis: *Emancipatis videlicet liberis vtriuſque ſexus pro tenore præcedentium legum ea, quæ in ipſa emancipatione à parentibus ſuis conſequuntur vel poſt emancipationem ab eiſdem parentibus acquiſierunt, collaturis.* Si emancipati conferunt pro tenore præcedentium legum; ergo debent conferre donationem ſimplicem: quia ſecundum leges præcedentes eam conferebant emancipati, leg. prima, ff. de collation. l. ſi emancipati, C. eod. C

Contrariam ſententiam habuerunt multi, quos refert Iaſ. in d. auth. ex teſtamento, quam defendit Dec. ibi, nu. 7. Alios adducit Craſſ. in art. collatio bonorum, num. 4. Fundamentum ponunt in l. illud §. vlt. C. de collatio. vbi dicitur; ſimplicem donationem non eſſe conferendam, niſi tempore donationis hanc legem donator appoſuerit, quem tex. dicit Decius euitari non poſſe replicando ad omnes reſponſiones Bartoli, & aliorum quæ afferuntur. Sed reſpondi ego ad hunc textum; & verum, niſi fallor, intellectum dedi lib. 6. controuerſ. c. 64. & cum ibi dicta videri poſſint, ideò huc transferenda non putaui. D

CAPVT XLV.

De collatione feudi.

DIſſerui lib. 7. cap. 48. de collatione feudi, inter fratres, uel ſorores facienda, cùm de patris communis ſucceſſione diuidenda agitur. His ſcri-

institutionem intelligendam esse, si modò prima subsisteret: quia hoc est impossibile, quod prima subsistat, quoniam captatoria est, & Senatusconsulto vetita. Quamobrem perinde est, ac si secunda contineret impossibilem conditionem: at impossibilis conditio non vitiat, sed vitiatur, l. 3. ff. de cond. & demonstr.

CAPVT XXV.

An valeat institutio hæredis collata in arbitrium tertij per verba importantia arbitrium boni viri?

CVm testator ita dixit: instituo Gaium, si Titio videbitur, vel si Titio placuerit, vel similibus, verbis denotantibus arbitrium boni viri, de quibus per Menoch. de arbitr. quæst. 8. controuersia est, an valeat huiusmodi institutio? Affirmant valere Castrens. in l. captatoria, nu. 3. C. de testam. mil. Calcan. consil. 107. nu. 1. & consil. 198. nu. 4. Roderic. Suarez de captato. voluntate, num. 17. Negant autem Decius in d. l. captatorias, nu. 7. & in consil. 494. num. 5. cum quo videtur transire Peregr. de fideicom. ar. 33. num. 70. necnon Sarmient. lib. 2. select. c. 6. nu. 4.

Fundamentum prioris sententiæ consistit in l. si sic. de leg. primo & in l. fideicommissa, §. quanquam, de leg. 3. in l. 1. de leg. secundo, & alijs similibus, quibus responsum est: legata & fideicommissa valere temissa arbitrio boni viri Fundamentum autem autam contrariæ sententiæ positum est in l. illa institutio, de hæred. instit. atque in alijs similibus, quibus cauetur: institutiones liberas esse oportere, nec pendere ex alieno arbitrio. Et hæc posterior sententia videtur esse verissima: quia, si non debent pendere ex arbitrio alieno institutiones hæredum, vt dicitur in d. l. illa institutio. Ergo non possunt pendere etiam ex arbitrio boni viri: quoniam arbitrium per se significat arbitrium boni viri, l. Hæc venditio, ff. de contrah. empt. Menoch. de arbitr. quæst. 8. numero 29. Non obstat fundamentum alterius opinionis quia loquitur in legatis & fideicommissis particularibus, à quibus differt institutio hæredis, l. Nutu, de leg. 3. iuncta l. iubemus, in fi. C. de testam. declarat Bar. in d. l. illa institutio num. 4.

CAPVT XXVI.

An captatoria institutio statuto, vel consuetudine conualidari possit?

STatuto, vel consuetudine fieri non posse, vt captatoria dispositio valeat, scribit Aret. in l. 2. in secundo not. ff. de vulg. & sequitur Iason. ibi in 2. quæque notab. Didac. Couarru. in c. cum tibi, nu. 13. de testam.

Fundamentum est: quia huiusmodi dispositio est contra bonos mores, veluti continens captionem, ac dolum quendam, & prauam alienæ hæreditatis ambitionem, l. ille, de hæred. instit. l. 1. ff. si quis aliquem testar. prohib. l. si maiores, C. de transact. §. manet. Instit. de societ. Ergo huiusmodi statutum, vel consuetudo esset contra bonos mores: & per consequens non valeret, cap. erit autem lex, 4. distinct. l. 1. de doli except.

Contrariam opinionem magis communiter DD. secuti sunt, videlicet, Ang. Imola, in l. captatorias, ff. de hæred. instit. Alex. in l. captatorias, C. de testa. mil. Socin. & Ripa in l. 2. de vulg. & multi alij, quos refert & sequitur Tiraq. de legib. connub. glo. 5. nume 86. in fine & communem dicit Vasq. de succ. creat. §. 3. num. 19. & §. 12. num. 86, licet alteram opinionem

A defendat Bened. in c. Raynutius, de test. in ver. condidit, el 1. num. 6. Sarmien. lib. 2. select. c. 4. nu. 9. Gomes. ad l. Tauri l. 32. num. 5.

Fundamentum est: quia huiusmodi dispositiones ante senatusc. permittebantur, & sic videntur esse iuris positiui, consequenter permissa est mutatio, §. vlt. insti. de iure natur. Nec obstat illa captio: quia dum statutum, vel consuetudo approbat huiusmodi dispositiones, non præsumit huiusmodi dolos, & fraudes.

Ego puto, priorem sententiam veriorem esse: quia huiusmodi dispositiones sunt contra bonos mores, & liberam auferunt testandi facultatem, vt dicebat post alios Rota decis. 542. num. 10. 11. Ergo non potest con suetudo, vel statutum efficere, vt valeant: quia huiusmodi statutum, & consuetudo essent contra rationem. Ergo nihil valeret, c. vlt. de consuet. cap. erit autem lex, 4. distin.

B Non obstat, primò quod dicitur: ante senatusc. permissas fuisse huiusmodi dispositiones: quia nondum erat animaduersum & cognitum; fraudem, dolum & captionem inesse: & ideò ex multis moribus bonæ leges proficiscuntur. Non obstat secundum, quòd dicitur: hæc esse iuris positiui, & ideò mutationi obnoxia; quoniam fundatum est hoc ius in ratione naturali, in ipsa iustitia, & honestate; quæ dolos, captiones & fraudes abhorret: & ideo mutari non potest istud ius dispositionum absque offensione iustitiæ & honestatis, quæ sunt anima ipsius legis. Non obstat tertiò, quod dictum est: supponat approbatione huiusmodi dispositionum ex statuto vel consuetudine, nunc cessare malam præsumptionem: quia hoc negari potest, videlicet hoc modo: quod statutum, vel consuetudo non præsumant quidem fraudes & deceptiones, sed malè & absque caussa rationabili; C quemadmodum, si occasio delinquendi data esset, non ideò id iustum videri posset, quod quis diceret; nihil mali suspicandum esse: nam, cùm lex iusta, & honesta & similiter consuetudo rationabilis esse debeat; omnes tollere occasiones delictorum debet: non autem aperire, l. conuenire; ff. de pactis dotal. cum concordan.

CAPVT XXVII.

De simulatione contractus ex pacto, de retrouendendo, & modicitate pretij, & de æstimatione rei venditæ cum tali pacto?

AN vsuræ præsumptio oriatur ex pacto retrouendendi, & modicitate pretij? multa dixi lib. 3. c. 12. quibus addo decisionem 123. Bononiensem Cæsaris Barzij, vbi copiosè auctores commemorantur. Et addo insuper: considerandum esse, D an in æstimanda modicitate pretij sit habenda ratio oneris, quod emptor in se suscipit ex pacto huiusmodi de retrouendendo. Cuius rei caussam attulisse videtur Pinellus, & Hierony. Gabriel. nam Pinell. in l. 2. C. de rescin. vend. in 3. par. numero 18. existimat: non immutari rei valorem ex pacto de retrouendendo; sed simpliciter rei pretium attendi oportere, non deducto onere, ex dicto pacto resultante. Idem respondit Hierony. Gabriel. consi. 74. numero 21. libr. 1. Et fundamentum est, quoniam iura videntur præsumere simulationem ex his duobus, videlicet, ex pacto redimendi, & ex pretij modicitate simpliciter considerando æstimationem ipsius rei, nulla mentione habita diminutionis pretij, quæ fieri debet propter pactum, c. ad nostram, de emp. & vend. c. illo vos, de pignor.

Hæc sententia communi DD. sententiæ repugnat, & rationi: etenim etiam in terminis præsumendæ simula-

ſimulationis habendam eſſe rationem pacti de retrouendendo tanquam oneris, ex quo pretium ſit diminuendum, vno ore Dd. noſtri tradunt, Rolan. conſ. 58. nume. 12. lib. 1. vbi alias adducit Aonded. conſil. 33. nu. 29. li. 2. nouiſſ. alios plurimos adducens Cæſar Barzius, deciſ. Bonon. 123. num. 6. Surd. deciſi. 34. numero. 3. Quod autem hæc ſententia rationi repugnet manifeſtum eſt: quia res cum pacto retrouendendi ſemper venditur meliori pretio, quam ſi vendatur liberè, & abſque tali pacto, adeo vt res, quæ valet centum, abſque illo pacto, æſtimari debeat ſeptuaginta propter illud pactum, Socin. ſen. conſi. 15 num. 55. lib. 1. Tiraq. tract. conuent. in præſ. num. 20. Burſ. conſi. 117. num. 15. Rol. d. conſ. 58. nu. 11. & 16. lib. 4. Maſcard. de prob. concl. 447. num. 13. Aond. d. conſ. 33. num. 31. lib. 2. Etenim negari non poteſt, quin maximum ſit, & graue onus emptoris ex eo, quod tenetur venditori ipſam retrouendere: & ideo dicitur pars pretij, §. fundi partem, de contrah. empti. & ſic deduci debet onus illud, vt bene declarat Ripa in l. 1. §. ſi hæres, ad Trebellian.

Quibus ita ſtantibus, nihil obſtat argumentum contrariæ ſententiæ: quoniam etſi nulla fiat mentio in dictis textibus huius diminutionis prætij propter pactum de retrouendendo: non tamen id negatur in dictis textibus. Ergo ſtandum eſt rationi, & æquitati, quæ nos cogit rem minoris æſtimare propter huiuſmodi pactum de retrouendendo.

CAPVT XXVIII.

Pactum de non alienando an impediat alienationem, et dominij translationem ſtante hypotheca generali?

PActum de non alienando non impedit translationem dominij in alium, l. ſi ita quis, §. ex lege, de verb. obl. l. ex lege, C. de cond. ob cauſſ. ſi tamen res obligata ſit paciſcenti ſpecialiter, vt inter omnes conuenit, impedit alienationem, vt poſt textus in l. ſi creditor, §. vlt. ff. diſtract. pign. Verum, ſi non ſpecialiter res obligata ſit; adſit autem generalis hypotheca, vtrum illa ſufficiat ad impediendam alienationem, non vulgaris controuerſia eſt. Et dum generalem hypothecam hoc in caſu non ſufficere communis ſententia eſt, ſecundum Neguz de pign. in 1. membr. 2. par. numero quinto Rol. conſil. 62. col. pen. libr. 2. & multi alij quos refert, & ſequitur Peregr. de fideicom. art. 50. numero 77. Primò: quia textus in d. l. ſi creditor, §. vlt. in quo ſolo fundata eſt concluſio, quod impediatur alienatio per huiuſmodi pactum, cum hypotheca loquitur de hypotheca ſpeciali; non autem de generali. Secundò: quia hypotheca ſpecialis magis afficit rem, quam generalis, l. 1. & ibi gloſſ. notat, C. de neceſſ. ſeru. hæred. inſtit. Neguz. vbi ſup. in 2. memb. 2. par. numero decimo, vbi alia adducit. Tertiò: quia textus ille in d. l. ſi creditor, §. vlt. videtur deuiare à regula communi, quæ permittit alienationem, non obſtante pacto ſupradicto: repugnat enim regulæ text. in d. l. ſi ita quis, §. ex lege, & in dicta lege ex lege, & ideò tanquam continens ius ſingulare videtur eſſe reſtringendus intra limites, in quibus loquitur, id eſt, in hypotheca ſpeciali, argum. l. quod vero, ff. de legibus.

Contrariam ſententiam plurimi amplexi ſunt, volentes ſufficere hypothecam generalem, Corn. in conſilio 321. libro quarto, Cagnol. in l. 2. nume. 175. C. de pact. inter empto. & vendito. Boer. deciſ. 182. Socin. iun. conſil. 78. numero nono, libro primo, Pariſ. conſil. 100. libro quarto, & multi alij, quos refert, & ſequitur dicens: hanc eſſe communiorem ſententiam, Franciſ. Becius in conſil. 80. per totum. Fundamentum eſt: quia tantum operatur generalis hypotheca quantum ſpecialis; quia quo ad ea, quæ comprehenduntur ſub genere idem operatur generalis diſpoſitio, quod ſpecialis quo ad ea, quæ continentur ſub ſpecie, l. ſi duo in fine, ff. de adimend. tut.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi verior: quia, conſideranda eſt ratio legis, non cortex verborum. Ratio, propter quam impediatur alienatio propter pactum de non alienando, prouenit ex hypotheca: non autem ex ſolo pacto. Nam promiſſio de non alienando producit obligationem perſonalem ad intereſſe, vt habetur in d. §. ex leg. Hypotheca autem producit ius in rem ipſam, quod quidem ius reale impedit alienationem: & hæc eſt ratio textus in d. l. ſi creditor, §. vltimo, ſi nulla alia ratio conſiderari poteſt.

Hoc ita ſtante: ſi ius hypothecæ generat ius in rem aptum impedire alienationem: non video rationem differentiæ inter hypothecam generalem, & ſpecialem in puncto, de quo agitur: quia, etſi obligatio ſpecialis in multis differat à generali; tamen nemo dixerit, differre in hoc; cùm clariſſimum ſit, tam generalem quam ſpecialem hypothecam producere ius in rem, l. obligatione, ff de pign. l. 2. C. eod. cum infinit. ſimilibus, & hoc eſt, quod ponderat etiam Soci. iun. conſi. 129. nu. 5. lib. 6.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, fatendo, textum in d. l. ſi creditor, §. vlt. loqui de hypotheca ſpeciali, ſed dico eandem eſſe rationem in hypotheca generali, vt iam dixi. Ad ſecundum, concedo in multis caſibus, differre hypothecam generalem à ſpeciali: ſed ſatis eſt mihi, generalem hypothecam tantum operari, quantum operetur ſpecialis, quantum ad inducendum ius in rem, in quo ſolo iura fundatur deciſio dicti §. vlt. Ad tertium reſpondeo, deciſionem dicti §. vlt. non eſſe exorbitantem a iure communi, quia regula textus in d. §. ex lege, loquitur de ſimplici obligatione perſonali: non autem de hypotheca.

CAPVT XXIX.

An ſtatutum præferens in ſucceſſione agnatos cognatis locum habeat in hæreditate Clerici?

NEgat, locum habere huiuſmodi ſtatutum in hæreditate Clerici, Imola in c. quod Clericis nu. 4. de for. compet. quem ſecuti ſunt plurimi, quos refert Burſ. conſ. 93. num. 19. vbi poſt Dec. in cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, n. 54. de conſtit. dicit, hanc eſſe communem opinionem, quam etiam amplexus eſt Senatus Mantuanus, teſte Surdo deciſio. 20

Contrariam opinionem habuerunt multi, Gabr. Sarra in ad. ad Mattheſ. ſing. 110. Tiraq. de iure primog. q. 45 nume. 2. & Burſ. d. conſ. 93. numer. 22. cum pluribus ſeqq. Fundamentum prioris opinionis in hoc conſiſtit, quod Clerici ſint exempti à Iuriſdictione ſecularium, vt notum eſt, ergo huiuſmodi ſtatutum Clericos non comprehendit ex defectu poteſtatis, & ſic non poteſt ligare Clericum, & eius bona, conſtituereque ei hæredem contra ius commune. Fundamentum verò contrariæ opinionis in hoc conſiſtit, quod huiuſmodi ſtatuta condita ſint ante Clericatum, & conſequenter vinculum iniecerint eo tempore, quo potuerunt: quia tunc ſtatuentes poterant hoc facere, & ſic bona legare tanquam ſubiecta eorum iuriſdictioni, & poteſtati. Maximè, cum ipſi Clerici vtantur beneficio huiuſmodi ſtatutorum ſecundum communem Dd. ſententiam, de qua teſtatur Pariſ. conſil. 40. numero 20. libr. 3. & Tiraq. de iure primog.

quæstione 44. ergo videtur æquum, vt etiam eidem statuto subijciantur, argu. l. non est ferendus, de transact.

Ego priorem sententiam verissimam esse existimo; quia statutum, de quo agitur, disponit de personis Clericorum, & de bonis eorum. Neutrum autem videtur fieri posse: quoniam nec personæ, nec res Clericorum subiectæ sunt iurisdictioni laicorum, vt notatur in c. Ecclesia S. Mariæ, de constitut. Quod disponat de personis patet: quia Clericus ab intestato decedentibus statutum decernit, & constituit hæredem: de bonis autem res est clarissima: quia statutum vult bona deuenire ad certas personas, & sic in effectu ligat Clericos, & eorum bona. Quod cùm fieri non possit speciali constitutione, nec etiam fieri poterit per generalem. Nunquam enim veniunt in generali dispositione ea, quæ specialiter fieri non possunt, l. 1. & ibi notat Dec. in 1. not. ff. de off. eius.

Non obstat, quod dicitur de vinculo iniecto ante Clericatum: quia non potest dici vinculum iniectum, nisi tempore mortis, quando Clericis successio, & hæreditas defertur, vt latè considerat ac deducit Surdus in d. decisi. 20. Non obstat, quod Clerici possint vti beneficio huiusmodi statuti: quia statuta laicorum, quatenus fauent Clericis, eos comprehendere dicuntur. Quatenus verò ligant eos absque fauore, & vtilitate eorum, nihil valent ex defectu potestatis.

CAPVT XXX.

De fideiussore, an liberetur facta prorogatione temporis debitori principali a creditore?

Disserui hac de re lib. 2. cap 85. & posui, firmauique communem, & veram distinctionem: fideiussorem liberari, quoties tempus est præfixum obligationi: secùs autem, si præfixum sit solutioni. Addo pro confirmatione Surdum consilio 445. nu. 7. lib. 3. Andr. Gaill. lib. 2. obs. 1. & 30. & nouissimè addo in hac materia decisionem Bononiensem Cæsaris Barzij decisi. 10.

Ampliùs placet vnum annotare atque adiungere: quod ex facto bis mihi proponebatur. Mutuum fuit contractum gratis tempore constituto vnius anni, & fideiussore interueniente. Labitur annus, prorogatio facta est ad soluendum debitori fideiussore inscio, & debitore, ob id, vsuras promittente creditori: Vtrum fideiussor sit liberatus? Dicebatur, non esse liberatum, ex decisione Rotæ 860. in antiq. quam refert & sequitur Thessaur. decisio. 125. numero sexto, vbi decisum est, fideiussorem non liberari, licet debitori facta fuerit prorogatio ad soluendum cum obligatione aliquid soluendi pro interesse, vt vocant.

Contrarium respondi: quia decisio illa loquitur, quando non variatur forma primi contractus: semper enim fuit ibi contractus depositi: & licet vsuræ promissæ fuerint per debitorem creditori propter prorogationem temporis ei concessam: tamen huiusmodi vsuræ promissæ veniebant ex natura contractus post moram debitoris, l. Lucius, ff. depos. quod ponderatur in d. decis. At in contractu mutui non veniunt vsuræ post moram: sed post litem contestatam, l. cùm fundus, ff. si cer. pet. not. Ias. in l. 2. nume. 5. ff. eod. tit. Ergo mutuum fœneratitium longè differt a mutuo gratuito, nec se inuicem compatiuntur: ex quo ego infero, fideiussorem esse liberatum: nam quoties primo contractui noua forma adijcitur, tunc facta prorogatione debitori fideiussor liberatur, Bal. in l. commendatori; numero. 5. C. de non num. pecun. Soci. sen. consi. 62. num. 25. lib. 4. Bertazol. claus. 41. gloss. 7. sub num. 5.

Et ratio est: quia vbicunque contractus primus est incompatibilis cum secundo, aut secundus cum primo, semper fit nouatio, secundum communem sententiam, & verissimam, Menoch. libro tertio, præsumpt. 134. numero 39. Surd. consil. 345. num. 33. lib. 3. vbi infinitos adducit Rota decis. 262. nu. 5. par. 1. in nouis. Sed mutuum gratuitum, & fœneratitium sunt incompatibilis, vt patet. Ergo nouatio est inducta, & consequenter fideiussor est liberatus. Valet enim ista consequentia, vt docet Rota in decis. 860. in antiq. & fatentur omnes, & res est clarissima: quia nouatio est prioris obligationis extinctio: extincta autem prima obligatione, fideiussor remanet liberatus: quoniam secundæ non consensit, & est textus in l. nouatione, C. de nouatio. Gabr. titu. de fideiuss. conclus. 3. in 1. limit.

CAPVT XXXI.

Quod remedium competat ad rescindendam venditionem propter læsionem vltra dimidiam.

Tres sunt Doctorum opiniones hac de re. Vna: eaque communis docet: actionem dari ex empto, & vendito. Ita gloss. & Bartol. in l. 2. C. de resc. vend. vendit. Cagnol. qui testatur communem ibi, numero 41. Altera: competere officium iudicis, ita docuerunt veteres Doctores, quos refert glossa in d. l. 2. necnon Cynus, & Bal. Tertia fuit opinio: competere conditionem ex lege, ita Pinell. in d. l. 2. c. 1. numer. 26. Fundamentum prioris sententiæ consistit in l. ex empto, §. si quis virginem, ff. de act. empt. & in l. sed Celsus, §. 1. de contrah. empt. & in l. vnde si Nerua, cum l. seq. ff. pro socio, & in l. venditæ la 2. ff. de act. emp. & in l. 2. C. eod. tit. quibus in locis probatur: dari actionem ex contractu ad rescindendum ipsum contractum, ob iustas caussas. Nec valet responsio Cag. nu. 41. & Pinelli, numero 26. cap. 1. terminos esse diuersos: quoniam hic non rescinditur venditio præcisè, cum sit in potestate alterius, supplere id, quod deest iusto pretio. Nam, si datur actio ex contractu, vbi præcisè agitur, vt rescindatur, nihil proponitur, cur etiam dari non debeat, vbi rescindi potest: vtroque enim casu militat eadem ratio, quod scilicet ex ipso contractu oriatur actio, vel vt rescindatur ob iustas caussas, vel vt ad iustitiam & æquitatem redigatur. Fundamentum alterius sententiæ consistit in verbis d. l. 2. ibi: *Auctoritate iudicis interueniente*, quæ verba cum dirigantur ad iudicem, denotant oriri officium iudicis, iuxta glossam in l. si soror, C. de collatio. Sed cùm verba ad iudicem relata, executionem facti respiciant, videntur denotare officium iudicis deseruiens actioni intentatæ, quod nostri Docto. mercenarium appellant, iuxta doctrinam Decij in d. l. si soror in 2. limit. C. de colla. Fundamentum deniq; tertiæ opinionis consistit in l. vnic. ff. de condict. ex lege, vbi dicitur condictio ex lege, quoties alia deficit actio.

Sed præter responsiones Cagnoli, quas omitto (quia non placent,) dicimus: prorsum esse de actione ad rescindendum ipsum contractum: quia quoties contractus est iniustus, & rescissione dignus ob iustas caussas; tunc ex contractu ipso datur actio, ut rescindatur. Et hoc est, quod docet text. in dicta l. uendita, la 2. C. de actio. empt. ubi dicit: actionem venditi nô facile dari ad rescin-

rescindendam venditionem. Ex hoc enim infertur: actionem aliquando dari, vbi scilicet iusta caussa subest, vt detur, vt quando continet læsionem vltra dimidiam, si enim nonquam daretur, non dixisset textus, facilè non dari. Quæ verba ostendunt regulariter quidem non dari: verum quandoque dandam esse, vt dixi. A

CAPVT XXXII.

Vtrum hypothecaria actio legatario competat in ipsamet re legata?

CVm tres competant actiones legatarijs, personalis ex testamento, rei vindicatio, & hypothecaria; controuersia est, an ipsa hypotheca competat legatario in ipsamet re legata? nam competere in alijs rebus non legatis, certum est. B

Duæ sunt contrariæ DD. sententiæ. Vna, quæ communis est, non competere, glossa in §. nostra, versic. hypothecaria, instit. de leg. & in l. 1. versic. in multis. Cod. com. de legatis, Bart. Bald. Sal. & alij in d. l. 1. Neguſ. de pign. in 4. memb. 2. par. num. 158. Berous consil. 30. n. 8. libr. 2. Ripa in l. 1. num. 65. de legat. 1. Crass. §. legatum, quæst. 76.

Altera verò competere; quæ similiter est communis, Socio. sen. in l. 1. num. 15. de leg. 1. Cynus in l. 1. numero 5. C. commu. de legat. Imola, Castr. & Alex num. 26. & Ias. num. 132. in d. l. 1. de leg. 1. Gabr. consil. 46. numero 21. & 43. alios citat Surdus decis. 76. numero 9. Fundamentum prioris sententiæ consistit in regula l. neque pignus, de reg. iur. vbi pignus non consistit in re propria: sed res legata est propria legatarij, l. à Titio in fin. ff. de furtis, ergo legatarius non potest habere pignus in re legata. Fundamentum contrariæ sententiæ positum est in hoc: quia legatarius habet dominium C iure speciali contra iuris regulas absque traditione, iuxta l. traditionibus, Cod. de pactis. Is verò, qui habet dominium iure speciali, potest etiam habere pignus in eadem re, Bart. in l. vlt. col. 2. C. de sacrosan. Eccles. Dec. in l. neque pignus, num. 2.

Ego breuiter existimo: hanc sententiam posteriorem verissimam esse: &, vt hæc res melius intelligatur, notandum est id, quod habetur in l. idemque, ff. qui potio. in pign. hab. dicit ibi textus: pupillum habere hypothecam in re empta ex pecunia sua à creditore. At contra poterat obijci: pupillum non habere pignus; quoniam in fauorem pupilli specialiter constitutum est, vt si res fuerit empta ex pecunia pupilli, etiam alieno nomine, nihilominus pupillus efficiatur dominus rei emptæ, tex. in l. 2. ff. quando ex falso tutor. & in l. si curator, C. de arbitr. tut. Solutio est: pupillum habere dominium rei emptæ ex iure quodam speciali, & D propterea pignus habere posse. sic igitur & in proposito nostro legatarius potest habere pignus in re legata, quoniam res legata est propria legatarij, ex iure quodam speciali.

Hæc est sententia & mens Doctorum: & est ipsa veritas; sed non clarè enucleata. Quid enim refert, an quis habeat dominium iure speciali, vel iure communi? Ratio igitur indaganda est, & cognoscenda, & tunc res intelligetur. Ea vero hæc est: quoniam pupillus habet electionem, vt rem emptam ex pecunia sua vindicare possit tanquam dominus, vel vt possit pecuniam suam repetere, tanquam creditor. Si vult pecuniam suam repetere, tanquam creditor, priuilegium habet hypothecæ, & prælationis. Istud est, quod habetur in dicta lege idemque, ff. qui potior. in pignor. hab. Ista electione facta remanet exclusus à rei vindicatione, & dominio ipsius rei: quoniam voluit eligere rem ipsam. Istud est, quod docet ibi glossa in dicta lege idemque. Et hæc est ratio, cur pupillus videatur habere pignus in re propria: quia scilicet, res verè non est propria pupilli: quia noluit rem eligere: sed pecuniam repetere maluit.

Sic igitur & in proposito dicendum est, legatarius habet electionem potestque rem vindicare, vel in personam agere, vel hypothecariam intentare, lege 1. C. communia de legat. eligendo hypothecariam excluditur à rei vindicatione, & à dominio ipsius rei, l. cum filius, §. varijs, de legat. 2. Meritò potest ipsam rem legatam prosequi actione hypothecaria: quia legata non est verè sua: quia noluit eligere actionem, quæ competit domino, id est, rei vindicationem.

Quibus ita declaratis, tollitur argumentum ex reg. l. neq. pignus, quia ex dictis iam patet: rem non esse amplius legatarij, ideoq. pignus in ea legata optimè consistere.

CAPVT XXXIII.

An mariti bona sint vxori obligata pro alimento?

INgens conflictus est apud nostros Doct. an mariti bona sint vxori tacitè obligata pro alimentis, sicuti obligata esse constat pro dote restituenda, l. vnica, §. de rei vxor. actio. Non agam hic actuarium describendo auctorum nomina, qui affirmantem, vel negantem sententiam sunt amplexi: quoniam subleuauit nos hoc onere, Anton. Gabriel. tit. de alim. conclus. 2. & post eum Surdus in tract. de alimentis, titul. 8. priuil. 40.

Equidem communis sententia est: obligata esse, quasi alimenta sint onera facultatum, & tanquam vsuræ debeantur ex pecunia dotali. Sed hæc sunt somnia vigilantium: quia alimenta non sunt vsuræ dotis, nec onera facultatum: sed personalia onera, videlicet mariti, qui dotem accipit pro oneribus matrimonij sustentandis, l. pro oneribus, C. de iure dot. quamobrem verissimam esse puto eorum sententiam, qui negant obligata esse.

Primò: quia si legumlatores voluissent obligata esse pro alimentis, facilè id exprimere potuissent, sicut expresserunt fauore dotis.

Deinde: quia si legantur, & perlegantur omnes tituli, omnes casus, in quibus de tacita hypotheca prospectum est, nullam certè mentionem fieri videbimus huiuscemodi casus alimentorum. Erubescendum est igitur sine lege loqui: & communis hæc sententia reijcienda est, quæ nulla probabili ratione nixa reperitur, nullaque auctoritate iuris: nec nostrum est, nouas leges condere: sed veteres interpretari. Constat autem hypothecam non induci, nisi in casibus à iure expressis, glos. in fi. in l. 2. de priui. cre. Ripa in l. dabimus, nu. 9. ff. eod. titul. Surd. decis. 271. n. 10.

CAPVT XXXIV.

An si legetur res obligata, heres teneatur eam luere, quando est obligata pro tanta summa, quantus est valor ipsius rei?

SI testator legauerit rem, quam ipse alteri obligauerat pro summa æquiualente æstimationem ipsius rei, controuersia est inter DD. an hæres teneatur eam luere, vel legatarius? nam hæredem teneri, scribit Gomes. var. resol. tit. de leg. n. 35. vbi dicit, hanc esse communem, Viuius commu. opin. lib. 2. vers. legatum, Crass. §. legatum, q. 15.

A Contrariam sententiam multi sunt amplexi, Iason. Castrens. in l. si res obligata, de legat. 1. Neguz. de pignor. 3. part. princ. 1. membr. num. 29. Emanuel Suarez in additio. ad Gomes. vbi supra, & multi alij, quos commemorat Crassus loco præcitato. Omnis difficultas consistit in intellectu l. si res obligata, de legat. primo in illis verbis: *Vel potest aliquid esse superfluum, exoluto ære alieno.* Nam, qui putant; hæredem luere oportere, existimant sensum illorum verborum hunc esse, vt si nihil supersit soluto debito, pro quo res erat obligata, tunc onus luendi spectet ad hæredem: quia, si legatarius deberet luere, nullam vtilitatem ex legato perciperet. Sed longè falluntur isti; quoniam hæc interpretatio destruit textum, vt dicebat Paulus Castrensis ibi.

B Verba antecedentia hæc sunt: *Si res obligata, per fideicommissum fuerit relicta; si quidem scit eum testator obligatam, ab hærede luenda est; nisi alio animo fuerit. Si nesciat à fideicommissario: nisi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset; si scisset obligatam.* His verbis textus ponit regulam, & duas exceptiones. Regula est hæc; Si testator nesciat, rem esse obligatam; fideicommissarius tenetur eam luere. Exceptiones verò sunt istæ, Prima, Nisi hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si sciuisset obligatam esse: Secunda, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno. Hæc est altera exceptio, per quam apparet hæredem teneri eam luere, & non fideicommissarium, quando soluto ære alieno aliquid superest. Ergo, si nihil supersit, hæres non tenetur, nisi adsit coniectura voluntatis, quæ ponitur in prima exceptione. Hic est vetus sensus conformis verbis textus, secundum quem apparet, hæredem non teneri: sed legatarium in proposita facti specie ad redimendum rem legatam.

C A P V T XXXV.

C

An vsufructuarius possit exigere nomina debitorum sine cessione vel mandato hæredis?

MAndatum hæredis necessarium esse, vt vsufructuarius possit exigere nomina debitorum, quorum vsumfructum habet, communior sententia videtur esse, Borgnin. de vsufruct. num. 198. Roland. consi. 8. num. 19. lib. 1. & alij, quos refert & sequitur Crassus, §. legatum, quæst. 14. Quibus adstipulatur glossa in l. vxori vsumfructum, ff. de vsufruct. legat. quatenus dicit, nomine debitorum exigi ab hærede, qui vsufructuario præstaret, vt ibi glo. tradit in verbo præstabitur. Sed quid respondebitur ad textum in l. 1. §. vltim. de oper. noui nunciat. dum ait: *Vsumfructuarium procuratorio nomine renunciare opus nouum?* & ibi gloss. in ver. procuratorio, dicit: eum censeri procuratorem in rem suam à domino constitutum.

D Ego sanè existimo, si vsufructuarius de manu hæredis iam possessionem acceperit, aut certè sit in possessione vsufructus, posse exigere sine mandato ex ratione superius dicta: quod si non sit in possessione, tunc hæres exiget, & vsufructuario exactum præstabit, & sic accipio glossam in d. l. vxori, sequorque hac in re sententiam Decij in consi. 418. sub num. 5. Socio. sen. in consil. 131. numer. 12. lib. 1. & aliorum, qui commemorantur à Crasso, loco superius citato, qui cum contrariæ sententiæ auctoribus hac distinctione proposita facile conciliari possunt.

C A P V T XXXVI.

Si monasterio aliquid relinquatur in monasterio sub conditione, ut aliquem recipiat in monachum, vel monialem, an legatum debeatur?

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Vna Bartoli in l. Titio centum, §. 1. de cond. & dem. quam Alex. dicit communem in l. 2. C. de insti. & substitut. huiusmodi legatum nullius esse momenti.

Fundamentum est: quia monasterium inuitatur ad recipiendum monachum sub spe lucri temporalis, quod est Simoniacum, c. Dilectus, c. non satis, & c. quominus, de simon. Ergo huiusmodi legatum non valet ad similitudinem captatoriæ voluntatis, quæ non valet, l. illa autem, ff. de hæred. institu. cum suis concord.

Altera fuit opinio eiusd. Bar. conditionem hanc adiectam vitiari: & non vitiare. Ita Bat. in l. 2. C. de insti. & substitut. quem sequitur, & communem dicit sententiam Ias. ibi. nu. 3. alios refert, & sequitur Crass. §. legatum quæstio. 55. Fundamentum est: quia turpes conditiones in vltimis voluntatibus vitiantur, & non vitiant, lege obtinuit, de cond. & demonstr. Cum igitur hæc conditio sit turpis tanquam dans occasionem incurrendæ simoniæ, meritò legatum valet, nec vitiatur; sed ipsa conditio reijcitur, tanquam turpis, & inhonesta.

Tertia est opinio Bald. in l. 1. circa princ. C. de instit. & substit. vbi dixit: valere huiusmodi legatum, & conditionem esse implendam tanquam honestam, quemadmodum impleri debet illa conditio legato adiecta, vt monasterium construatur, c. nos quidem, de testam. cum tamen constet, monachos fore recipiendos constructo monasterio.

Ego puto: legatum valere & conditionem reijciendam esse: quia non potest negari, quin hæc conditio sit turpis, (vt dictum est.) Ergo succedit regula supradicta, quòd debet reijci, & legatum debetur. Non obstat, quod dictum est de voluntate captatoria: quia non facit ad rem nostram, prohibita enim est institutio illa: quia captionem continet illius, qui institutus est, vt supra dixi hoc. lib. c. 20. Maximè: quia captatoria voluntas aufert liberam testandi facultatem, ut ibi dixi.

Quod uero scribit Baldus de conditione monasterij construendi refellitur ab Aretino in l. Titia, de verbor. obligat. sub numero quinto, versic. tertia opinio: quia monasterium non habet in se ingressum monachorum: sed construitur ad effectum talis ingressus, consequenter ingressus monachorum prouenit ex iure; non autem ex dispositione testatoris: ideò non est locus dispositioni, textus in d. c. cum satis, & similibus, prohibentibus, quempiam recipi in monasterium sub spe lucri. Atque ita etiam in dubio pronunciandum est fauore Ecclesiæ, l. sunt personæ, in fine, ff. de relig.

C A P V T XXXVII.

An legatum fundi in genere ualeat?

COntrouersia est inter Doctores super hac facti specie: testator fundum alicui legauit ita in genere, nulla adiecta demonstratione, quæritur, an legatum debeatur, & ualeat? Aliqui putant ualere, si testator aliquem fundum habeat: si uerò nullum habeat fundum, inutile esse legatum.

Alij

Alij contra opinantur, inutile legatum esse, siue testator fundum aliquem habeat, siue non habeat. Vide Barr. Ias. Alex. Castr. & omnes in l. si domus, & in l. legato generaliter, de legat. 1. & in l. ita stipulatus, de verb. oblig. & in l. cum post, §. gener. de iure dotium, Anton. Gomesium var. resolut. 1. cap. 12. tit. de legat. sub numer. 31. vers. si verò, & tomo 2. cap. 11. num. 8. vers. nona conclusio, Crass. in §. legatum, q. 61. num. 6. Fundamentum prioris sententiæ est, in l. si domus, de legat. 1. vbi in legato domus simpliciter facto, respondit Iurisconsultus, illud valere; si testator domum habuerit: nam videtur eadem ratio in fundo: imò domus, & fundus in hoc videntur æquiparari, vt in d. l. legato generaliter, de leg. 1. Fundamentum contrariæ opinionis consistit in hoc; quia fundus sola destinatione patrisfamilias constituitur, l. locus, de verb. & rer. sign. l. quod in rerum, § si quis post, de leg. 1. & consequenter legatum fundi videtur incertitudinem continere. Non obstat, quod dicitur de legato domus; quia domus distinguitur per intermedium parietem: & multa alia hincinde dedocuntur, quæ breuitatis caussa omitto; quia veritas consistit in paucis.

Puto igitur, legatum fundi in genere nullius esse momenti. Papinianus: *Nec videri simile quod fundo nō demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret*, in l. cum post, §. gener. ff. de iure doti. Quid clarius his verbis? Nunc videamus quid de domo responsum fuerit. Vlpianus: *Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum sit, quæ domus, cùm de certa domo testator senserit, non tamen appareat: de qua cogitauit hæredes, quam domum velit, ex ijs quas testator habebat, legatario dare. Quod si nullas ædes reliquerit, magis derisorium est, quam vtile legatum*, l. si domus, de leg. 1. Hic text. videtur mihi probare idem esse in domo, quod in fundo: quia tunc demum valet domus legatum, quando constat testatorem sensisse de aliqua certa domo. Idem est in fundo legato. Idem Vlpianus: *Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitauit, electio hæredis erit quem velit dare*, l. legato generaliter, ff. eodem titulo, de legat. 1.

Vides, ni fallor, idem esse in fundo legato, quod in domo. At quid ergo labor ille Doctorum in constituenda differentia inter domum simpliciter relictam, & fundum? an, quia putarunt legatum domus valere; si domum testator habuerit: at legatum fundi non valere, licet testator fundum habuerit? vel ita demum valere, si testator fundum aliquem habuerit? Hęc sanè mens Doctorum fuit. At legum auctores aliam mentem habuisse videntur, scilicet, nec domus legatum valere nec fundi, nisi conster testatorem sensisse de aliqua certa domo vel fundo, licet non expresserit de qua.

Præclarè verò Paulus Cast. in d. l. si domus, nume. 7. tunc videri de certa domo testatorem sensisse, cùm eam nominauerit, vt domum Seianum, cum haberet plures. Ita & nos de fundo dicamus: testatorem tunc videri sensisse de certo fundo, quando fundum nominauit; puta fundum Titianum, vel Seianum; cùm plures haberet. Quod, si testator nullam domum vel fundum habuerit, licet Seianum vel Titianum nominauerit, tunc elusorium est legatum & nihil valet, vt inquit tex. in d. l. si domus, in fine.

Hunc puto verum sensum esse, ac veram interpretationem. Et ex ea infero: melius locutum fuisse Castr. in d. l. si domus, circa princ. quam Alexan. ibidem, licet Alexandri sententiam secutus fuerit ibi Iason numero 12. & D. Maotica de coniecturis, lib. 10. Tit. 1. nume. 7. Dicebat Cast. non deberi legatum domus simpliciter relictum ab eo, qui vnam tantum domum habebat. At contra Alexander, deberi: quia de vna tantum, quam habebat testator, sensisse videtur arg. l. Fundus qui, ff. de fundo inst. l. 2. de lib. & posthum.

Fundamentum hoc Castrensis sententiæ suffragatur, quod legatum fundi generaliter seu simpliciter est inutile, & nihil valet, tanquam incertum, d. l. cum post, § gener. ff de iure dot. Nisi constet, testatorem de certa domo sensisse, d. l. si domus. Quod hic non constat: quia non aliter constare potest, quam si testator nominauerit, Castr. ibid. numer. 7 Nec obstat regula d. l. 2. de lib. & posthum. & d. l. Fundus qui, de fundo instr. quia fateor nominatim expressum videri, quod in vno tantum verificari potest: Sed fundi legatum potest in pluribus verificari: quoniam fundus dicitur ex opinione ac destinatione patrisfamilias: ac proinde continere dicitur incertitudinem, nisi constet de certo fundo sensisse testatorem. Itaque, si constiterit, testatorem sensisse de fundo, quem ipse habebat; tunc ille fundus debebitur, quem ipse testator habebat. Alias non puto deberi tanquam incertum: quis enim affirmare audeat, testatorem fundum simpliciter legantem de eo, quem ipse habebat, sensisse? nisi dixerit, fundum meum do, lego?

CAPVT XXXVIII.

De stipulatione Notarij, qualiter per eam ius absenti acquiratur & etiam per iuramentum?

Multa dixi hac de re libr. 8. c. 91. nec recedo à sententia ibidem firmata: sed addo iam dictis & cumulatis Hyppo. Rim. in institu. ad rub. de donatio. nu. 31. vsque ad num. 50. vbi plurimas adducit authoritates Doctorum. Addo insuper Mancinum in tract. de iuram. part. 3. eff. 23. & effectu 172. & Cæsarem Barzium dec. Bono. 26. n. 9. Denique: quia multi conantur opiniones conciliare, Addo Rotam Romanam egregiè conciliantem decis. 683. in 1. parte diuersa. quæ sic distinguit: aut quæritur, an sit necessaria ratificatio donatarij ad effectum, vt donatio reuocari non possit à donatore? & dicendum est, non esse necessariam: aut ad effectum acquirendæ possessionis & dominij, & necessaria est ratihabitio. Alias distinctiones vide apud Mancinum locis proximè citatis & Barzium, d. decis. Bononiensi 26. nu. 10. vers. quæ tamen sententia, & vide ibidem, nu. 12. & seq. vbi multa de stipulatione Notarij & iuramento.

CAPVT XXXIX.

Reciproca substitutio: an præsumatur facta, cum pluribus hæredibus institutis, post mortem omnium testator aliquem substituit?

Scripsi, li. 4. c. 79. non videri reciprocam inter plures hæredes institutos præsumendam, quando facta est post mortem omnium: & non est dicendum vltimo morienti, secutusq; sum ea in re communem Doctorum sententiam. Nunc addo hæc, quæ mihi occurrunt in hac quæstione notatu digna.

Primum: hanc esse communiorem sententiam Doctorum, vt præter eos, quos ibi adduxi, testatur Oddus in tract. de compendiosa, par. 5. art. 6. vers. Retenta tamen, Trecanunguius, de substit. par. 5. c. 2. n. 23. Zanch. in l. Hæredes mei, §. cum ita Trebell. in 6. par. nu. 91. & nu. 93. vers. verumtamen, Bursat. consi. 371. nu. 17. Gabr. conf. 117. nu. 24. lib. 1. Otasc. decis. Pedem. 110. num. 7. Rusticus in tract. de filij in cond. positis lib. 6. c. 5. nu. 17. Nouissimè Cęsar Barz. decis. 6. Bonon. sub num. 8. vers. stantibus igitur.

Secundum est: hanc communem sententiam

 multis

multis modis limitari, ac declarari, quos eleganter prosequitur idem Cæsar Barzius loco superius annotato, ad quem lectorem remitto.

Tertium est: illam limitationem inter cęteras annotandam esse, quam ponit idem Barz. in d. decis. 6. numero 47. & secuta est Rota Roman. in eadem caussa in decisione ibi posita post decisionem sextam, quæ est septima, num. 9. videlicet, communem illam sententiam non procedere; quando sumus in descendentibus testatoris, quos testator præsumitur voluisse præferre ipsis substitutis, quæ sunt addenda ijs, quæ scripsi lib. 4. cap. 82.

Postremò notandum est; tria concurrere debere, vt inducatur reciproca inter grauatos, primò quòd sint honorati, secundò quòd substitutio facta sit in tota hæreditate, tertiò quòd substitutio facta sit vltimo morienti, Menoch. lib. 4. præs. 62. & cons. 85. nu. 41. & cons. 397. Bursatus cons. 51. & 371. nu. 12. D. Decian. resp. 26. lib. 2. D. Mant. de coniect. lib. 7. titul. 5. num. 15. Simon Prat. de interp. vltim. vol. lib. 3. ibr. 3. dub. 4. sol. 1. Cæs. Barz. decis. Bonon. 5. in princ. & dicuntur honorati filij ad hoc propositum, licet positi sint in conditione, quando sunt grauati. latiss. adductis author. Cæs. Barz. vbi supra, n. 6. & decis. 9. nu. 35. vbi dicit: Rotam illam hanc opinionem tanquam magis communem secutam fuisse.

CAPVT XL.

De filijs in conditione positis annotatio ad cap. 51. lib. 4. controuers.

DE filijs in conditione positis: an censeantur vocati, ego latè disserui, lib. 4. c. 51. & amplexus sum eorum sententiam, qui putatût, vocatos censeri. Addo nunc, extare prolixum commentarium hac de re Iosephi Rustici, vbi latissimè disputat: an & quando filij in conditione positi censeantur vocati. Et posito, communem sententiam esse vel magis communem, non censeri vocatos: notandum est, ab hac communi sententia facilè recedi ex aliqua coniectura, Crauet. consil. 113. numero 1. D. Mantica, de coniect. lib. 7. tit. 5. num. 15. Et licet illa sola coniectura non sufficiat, quòd filij sint grauati: alijs tamen concurrentibus res est expedita, quòd intelligantur vocari, Rota Romana apud Puteum decis. 215. lib. 3. Eadem Rota inter decis. Bonon. Cæsaris Barzij, decisio. 8. numero 4. vbi alios adducit.

CAPVT XLI.

Siquis instituerit, vel substituerit hæredes fratrem suum, & eius filios, an censeatur ordine successiuo eos instituisse, vel substituisse?

SCribit Bart. in l. Gallus, §. quidam rectè, de lib. & posth. num. 4. si quis instituerit, vel substituerit fratrem suum, & eius filios, videri ordine successiuo eos instituisse, & substituisse. Quam opinionem defendit Ruin. ibi. num. 25. Soc. sen. num. 5. Soc. iunior. num. 29.

Contrariam opinionem longè communiorem esse, palam est ex Claro, in §. Testamentum, quæst. 80. vers. Hoc præmisso, D. Mantica de coniect. lib. 4. Tit. 8. numero 19. Menoch. lib. 4. præs. 70. num. 16. & isti plurimos adducunt, quibus adde Cæsarem Barz. decis. Bonon. 9. num. 2.

Fundamentum Bartoli consistit in duabus rationib. Prima est: quia dictio, &, copulatiua videtur esse accipienda hoc in casu pro disiunctiua, propter ordinem affectionis & charitatis; quia scilicet testator magis

A diligere præsumitur fratrem sibi coniunctum, quam eius filios, quemadmodum accidere solet, vt disiunctiua dictio resoluatur in coniunctam, l. generaliter, C. de instit. & substit. l. Lucius, la 5. de hæred. inst. & facit tex. in l. si viua matre, C. de bon. mat. Altera ratio est, quia testator præsumitur se conformare cum dispositione iuris communis, l. Hæredes mei, §. ita, ff. ad Trebell. Iuris autem communis dispositio vocat ad successionem proximiores eosq. remotioribus anteponit, vt in auth. de hæred. ab intest. venien. circa finem, & alibi. Cum igitur frater testator sit proximior, ille prius vocatus intelligitur.

Fundamentum vero contrariæ opinionis consistit in natura & proprietate verborum: cum enim plures copulatiuè vocantur, quilibet vocatus esse intelligitur pro sua virili portione, l. Reos, §. cum in tabulis, de duobus reis, l. ex duobus, de legat. 1. l. 1. C. si plur. vna sent. cum simil. Respondet Ruin. loco superius annotato:
B naturam & proprietatem verborum cedere huic præsumptioni, quod testator censeatur se conformasse cum dispositione iuris, & adducit ad hoc doctrinam Bar. in l. vxori, §. Testam. de legat. 3. quatenus Bart. ibi docet, si pater stipulatus sit dotem sibi reddi, & filiæ, intelligendum hoc esse ordine successiuo, videlicet primo sibi, deinde filiæ, cum sui iuris erit: quoniam hæc est iuris dispositio.

Sed breuiter; communem sententiam veriorem esse iudico: & quod attinet ad 1. argum. omissis responsionibus aliorum, dico: non esse bonam consequentiam: aliquando copulatiua resoluitur in disiunctam, vel disiuncta in coniunctam. Ergo, & hoc in casu resolui debet: quoniam nulla est ratio, quæ id persuadere possit.

Non obstat ratio affectionis considerata: quia nobis non constat, sicuti considerari potuit, sic consideratam à testatore fuisse: si enim testator eam in animo habuisset cõsiderationem, facilè potuisset exprimere, & prius
C fratrem suum vocare: deinde post eius mortem filios fratris: cum autem simul omnes vocauerit per verba coniunctionem importantia, videtur in mente habuisse id, quod verba significant, l. Labeo, ff. de suppel. leg. ac proinde voluisse censetur, omnes æqualiter succedere.

Non obstat altera ratio Bartoli, quòd testator præsumatur se conformare cum dispositione iuris communis. Quia respondet Alex. in d. l. hæredes mei, §. cum ita, n. 10. & 11. ff. ad Trebel. hanc regulam veram esse, quando verba non repugnant. Cum autem verba repugnant, illa regula non procedit, nisi agatur de conseruando testamento: tunc enim, vt testamentum valeat, recedendum est à natura, & proprietate verborum, idem tradit Zanch. in dict. §. hæredes mei, n. 1136. & n. 1156. vbi dicit: illam regulam non habere locum, quãdo verba repugnant, & n. 1158. ait: ab hac coniectura facilè recedi, & nu. seq. hanc coniecturam solam non
D sufficere. Non obstat Ruini replicatio, quatenus dixit: Imò etiamsi non agatur de conseruando testamento, spectandam esse iuris dispositionem; testatoremq. censeri secundum eam disposuisse: quoniam Ruinus mouetur ex doct. Bart. in d. l. vxorem, §. Testamento, de legat. 30. Bart. autem ibi hoc dicit; sed mouetur ex his, quæ ipsemet Bart. dixit in l. Gallus, §. quidam recte, numero 4. de lib. & posth. vbi Bart. dixit id, quod nunc in dubium reuocatur; & propterea præsupponi non debet pro constanti & vero. Maneat igitur communis sententia, pro qua scio allegari etiam text. in c. Raynutius, & c. Raynal. de testam. sed super eis non puto esse immorandum, cùm parum hanc sententiam adiuuare mihi videantur.

CAPVT

CAPVT XLII.

An conditio, ſi deceſſerit ſine filijs, à teſtatore adiecta, deficiat in fauorem neptis contra patruum ſubſtitutum?

HÆc eſt ardua illa quæſtio, in qua extant tàm varia Doct. reſponſa, & de qua diſſerui lib. 4. cap. 57. Ideo autem eam tetractandam hic ſuſcepi: quoniam occaſionem dedit Rota Bononienſis apud Cæſarem Barzium deciſ. 11. n. 6. 7.

Dicitur ibi magis communem opinionem eſſe in hoc articulo, vt diſtinguendum ſit: an vigore ſtatuti municipalis neptis ab inteſtato excludat patruum; vel patruus neptem. Nam ſi neptis patruum excludat ex ſtatuti diſpoſitione, deficiet conditio nec ſubſtituto locus erit; ſin autem patruus neptem excludat, contrarium ſtatuendum erit: quoniam excluſa nepte ſubſtitutus obtinebit. Fundamentum huius ſententiæ in hoc conſiſtit: quia teſtator cenſetur ſe conformare cum diſpoſitione ſtatuti, iuxta textum cum ibi notatis in lege hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel.

Sed nollem, vt verum fatear, hanc ſententiam tantæ authoritatis eſſe, vt rationem vinceret, aut legem. Nam, quod dicitur: Teſtatorem videri ſe conformare cum diſpoſitione ſtatuti, debile fundamentum eſt; tùm, quia ſæpiſſimè contrarium euenit, vt præclarè oſtendit Corneus conſil. 202. numero 8. 9. & ſeq. libro 3. Tùm, quia concluſio illa locum non habet contra verborum proprietatem, quibus teſtator vſus eſt; niſi agatur de conſeruando teſtamento, eoque tuendo à nullitate, vt declarat Alex. in d. §. cum ita, num. 10. & 11. cum alijs adductis ſuprà in capite præced. ad aliud propoſitum.

Quamobrem, illam diſtinctionem repudiandam eſſe exiſtimo, & ad regulas iuris coniecturaſque voluntatis teſtatoris confugiendum exiſtimo, ſecundum ea, quæ dixi d. capit. 57. Et ne ſolus videar eam diſtinctionem repudiare, non deſunt alij Corneus in dicto conſil. 202. lib. 3. Socin. in conſ. 182. lib. 1. Alciat. conſil. 50. num. 10. lib. 9. & alij, quos commemorat Barzius d. deciſ. 11. num. 7.

Sed poſita diſtinctione, diſputare ſolent: an attendi debeat proximitas grauantis, vel grauati, id eſt, teſtatoris; vel patrui ſecundum formam ſtatuti. Et, quia communior ſententia docet: hoc in caſu ſpectandam eſſe ſucceſſionem grauantis; & hæc ſententia Rotæ Bononienſis authoritate corroboratur, vt teſtat. idem Barz dicta deciſ. 11. Meritò ſecundum hanc ſententiam iudicandum erit.

CAPVT XLIII.

Inſtantia iudicij cœpti inter laicos, an tranſeat in hæredem Clericum.

NOn tranſire dixerunt Anton. Butr. in cap. quia V. numero 12. de iudic. & ibidem Felin. Abb. & Dec. num. 11. Imola & Aretin. Aſinius in pract. ciuili cap. 12. §. 2. num. 54. Sed tranſire dixerunt Ang. in l. hæres abſens, de iudi. Caſtr. Imola, Alex. & alij plures, quos adducit Viuius comm. opi. lib. 2. opin. 418. clericus, & Surdus latè in conſil. 222. num. 16. & deciſ. 116.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia clericus, vt notum eſt, non eſt ſubiectus foro laicali, nec poteſt ſe ſubijcere, c. ſi diligenti, de foro compet. cum alijs multis. Nec iure cautum reperitur; inſtantiam cœptam cum defuncto laico coram Magiſtratu laicali tranſire in clericum hæredem Laici. Ergo ſtãdum videtur generali priuilegio, quo clerici ſunt exempti à iuriſdictione, & foro ſeculari.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ poſitum eſt in eo, quòd generali iuris regula cautum ſit, inſtantiam cum defuncto inchoatam tranſire in hæredem, l. ſi conſtante, §. vlt. ſol. matr. & ibi Alex. in 2. col. & alij plures, quos commemorat Surdus d. conſ. 222. numero 10. Nec ex perſona hæredis deterior fieri poteſt cauſſa obligationis. l. 2. §. ex his, de verb. oblig. Nec poteſt quis euitare iudicium ſeculare, quod incepit, cum erat laicus, licet poſt cœptum iudicium factus ſit clericus, vt docet Bald. in l. ſi quis poſteaquam, ff. de iudicijs.

Puto ego, poſteriorem hanc ſententiam, & communiorem eſſe, & melioribus rationibus munitam, ac præſertim niti magna æquitate, ne proceſſus nouus inchoari debeat coram eccleſiaſtico iudice, ne continentia cauſæ diuidatur, & vt iudicium ibi finiatur, vbi cœptum eſt. Non nego tamen, rem eſſe dubiam ac proinde opinionem eam eſſe amplectendam in praxi, quam ſummus Pontifex, & eius Curia ſeruare ſolet. Vide deciſio. 552. Obligatus in antiquis, vbi videtur propenſa in fauorem clerici, vt lis trahatur ad Eccleſiaſticum.

CAPVT XLIV.

An filius emancipatus teneatur conferre donationem ſimplicem?

DE collationibus multa dixi in ſuperioribus libris: ſed omiſi, ni fallor, diſputare: an donatio ſimplex à patre collata in filium emancipatum conferri debeat? Hanc igitur hic expediam, & breuiter concludo, conferendam eſſe, ſecutus hac in re communem DD. ſententiam Bart. in auth. ex teſtamento, C. de collation. num. 1. col. pen. verſ. alia eſt communis ſententia: idem Bart. in l. 1. §. Nec caſtrenſe, colum. pen. de collatio. bonor. Alex. in l. vt liberis, §. vlt. C. eod. tit. & in d. Authen. ex teſt. numero 4. Vitalis in tract. de collatio. cap. 2. numero 4. Fundamentum eſt præclarum & ſolidum in d. l. vt liberis, §. vltim. C. de collation. in illis verbis: *Emancipatis nidelicet liberis vtriuſque ſexus pro tenore præcedentium legum ea, quæ in ipſa emancipatione à parentibus ſuis conſequuntur vel poſt emancipationem ab eiſdem parentibus acquiſierunt, collaturis*. Si emancipati conferunt pro tenore præcedentium legum; ergo debent conferre donationem ſimplicem: quia ſecundum leges præcedentes eam conferebant emancipati, leg. prima, ff. de collation. l. ſi emancipati, C. eod.

Contrariam ſententiam habuerunt multi, quos refert Iaſ. in d. auth. ex teſtamento, quam defendit Dec. ibi. nu. 7. Alios adducit Craſſ. in art. collatio bonorum, num. 4. Fundamentum ponunt in l. illud §. vlt. C. de collatio. vbi dicitur: ſimplicem donationem non eſſe conferendam, niſi tempore donationis hanc legem donator appoſuerit, quem tex. dicit Decius euitari non poſſe replicando ad omnes reſponſiones Bartoli, & aliorum quæ afferuntur. Sed reſpondi ego ad hunc textum: & verum, niſi fallor, intellectum dedi lib. 6. controuerſ. c. 64. & cum ibi dicta videri poſſint, ideò huc transferenda non putaui.

CAPVT XLV.

De collatione feudi.

DIſſerui lib. 7. cap. 48. de collatione feudi, inter fratres, uel ſorores facienda, cùm de patris cõmunis ſucceſſione diuidenda agitur. His ſcri

pus

pris hoc addo in præsenti: quando feudalia bona filio acquiruntur, viuente patre; tunc conferendam esse eorum æstimationem, quæ est tempore mortis patris, Bartol. in l. 1. §. Nec castrense, nom. 6. de colla. bonor. Bal. in l. Omnimodo, §. imputari, C. de inoff. testa. Cast. Alex. & Iaf. in l. illud, C. de colla. idem Iason, in l. quoniã nouella, num. 19. C. de inoff. test. Parisius conf. 16. num. 19. lib. 3. & hæc est verissima & communiter approbata sententia, vt testatur Schraderus in tract. feud. parte 7. cap. 5. in 2. q. nom. 42.

CAPVT XLVI.

De donatione simplici valida conferenda.

Donationem simplicem à parentibus collatam, si valida sit, ab initio conferendam esse, non dubito. Motus ex communi doctorum sententia, & eius fundamento, Ita Bart. in l. 1. §. Nec castrense, nom. 11. de colla. bonor. Alex. & Iason in Auth. ex testamento, C. de colla. Socin. sen. consil. 91. lib. 1. Natta consil. 106. Rolan. consil. 70. lib. 4. Fundamentum est: quia hoc in casu cessat ratio, propter quam dubium est; an donatio simplex conferenda sit, & propter quã multi dicunt, conferendam non esse. Ratio enim hęc est: quia simplex donatio non valet, à patre in filium collata, l. Donationes, C. de donatio. inter vir. & vxor. sed morte patris confirmatur, vt ibi dicitur: Ideò ius quæsitum filio videtur post mortem patris. Quæ verò post mortem patris acquiruntur, non conferuntur, l. si donatione. C. de collatio. Hæc ratio cessat, in donatione ab initio valida, propterea videtur esse conferenda, vt in d. l. si donatione.

Contrariam opinionem aliqui sunt amplexi, vt per Surdum consil. 145. num. 54. vbi refert Corneum, Decium, Cagnolum, & alios adducens tex. quem dicit ineuitabilem in l. illud §. vltimo, C. de collatio. vbi dicitur: donationem simplicem non aliter conferendam esse, quam si donator hanc legem donationi suæ apposuerit, vt scilicet conferatur. Sed ad hunc textum omissis aliorum responsionibus ego respondi lib. 6. cap. 64. ad quem locum me remitto.

CAPVT XLVII.

An l. si quis maior, C. de transact. locum habeat in omni contractu?

Scripsi alias l. si quis maior, C. de transact. locum habere in transactione sola: non autem in cæteris contractibus, nec ab hac sententia me deterret, quod communis opinio in contrarium quotidie magis magisque inualescat, vt videre licet ex decis. 15. & 16. Cæsaris Barzij, quia fundamentum huius communis opinionis consistit in eo, quod textus in d. l. si quis maior, non solùm loquatur de transactionibus: verùm etiam de pactis, quæ quidem verba videntur esse generalia, & comprehendere omnes contractus.

Sed mirabile est; quod tot tantisque legibus ac constitutionibus, quæ de contractibus loquuntur, nusquam facta sit mentio pœnarum, quæ habentur in d. l. si quis maior, quæ fundata est in periurio, vt omnes ibi fatentur: cùm tamen contrahentibus per iuris, alia sit pœna constituta, leg. vltim. ff. de crim. stellion. prout etiam promissionibus iuratis, si violentur, alia pœna constituta legitur, in leg. penol. C. de dign. lib. 12. Persisto in eadem sententia & puto, pactiones, de quib. fit mentio, in dict. leg. si quis maior, non importare, nec significare contractus quoslibet; sed eas tantummodò pactiones, quæ in

A contractu transactionis fiunt, vt sensus sit: si quis venerit contra transactiones iuratas, vel contra pactiones eis insertas, eum incurrere pœnas d. l. Fieri enim potest, vt quis transactionem factam obseruare velit, id est, ad iudicium non redeundo, nec Principi supplicando, nec suscitando caosam transactione finitam; veruntamen promissa in transactione non obseruet. Hunc puto dignum esse, qui pœnis illis subijciatur, & sic intelligo verba illa textus: *vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa*. Sic intelligo superiora illa verba: *Aduersus pacta vel transactiones*, & illa verba: *quod ex pactione vel transactione*. Intelligo, inquam, coniunctim; non diuisim, quando est facta transactio & in ea transactio ne pactiones initæ sunt; nam siue quis transactionem ipsam offenderit contrauenlendo, siue pactiones ipsas violauerit non obseruando, is incidit in pœnas illas.

B Nulla certe necessitas est extendendi eam constitutionem ad pactiones initas extra contractum transactionis: quia in illa l. semper obseruare licet mentionem fieri pactionum & transactionum simul. Nulla erat difficultas, statuere generaliter, si quis venerit contra iuratos contractus, eum incorrere in dictas pœnas oportere. Nulla tamen lex est tale quid dicens; nec desunt, quæ alia pœnarum genera periuris irrogent. Quid igitur opus est, tantam pœnarum multiplicitatem inducere, absque legis authoritate?

CAPVT XLVIII.

An donatio iuramento firmata absque insinuatione valeat, si excedat summam quingentorum aureorum?

C Scripsi lib. 5. cap. 83. donationem valere etiam nõ insinuatam; licet summam quingentorum aureorum excesserit, si iuramento sit vallata. Addo nunc hanc sententiam secoturam esse totam Romanam in decisione, quæ habetur apud Vincentium Manciom, in tractat. de iuram. part. 4. eff. 1. quæst. 3. in fine & eff. 72. in fine; eandem magis communem & veram testatur rota Bononiensis apud Barz. decis. 45. num. 49.

Addo insuper, fundamentum eorum, qui putant necessariam esse specialem renuntiationem cum iuramento insinuationis, non esse satis firmum: quia positum est in eo, quod iuramentum non extendatur ad ius futurum, cap. 2. de renunt. c. pen. de iureiur. notat Oiasc. decis. 112. num. 10. & in puncto nostro Barz. vbi sup. num. 53. An insinuatio fit post donationem. Ergo iuramentum non extenditur ad insinuationem, nisi specialiter renuntietur cum iuramento huiusmodi futuræ insinuationi.

D Nihil est: quia donans notitiam habet ipsius donationis iuratque eam obseruare, & nullo modo contrauenire. Ergo non potest contrauenire ex defectu insinuationis. Quod autem dicitur: iuramentum non extendi ad futurum, aliom habet ac longè diuersum sensum, qui à proposito nostro alienus est. Hic enim est sensus: iuramentum non videri renuntiare iuri, quod non habet tempore iuramenti præstiti: non censeri renuntiare iuri, quod postea sibi superuenit, ita loquuntur leges & Doctores qui dicunt, iuramentum non extendi ad futura. At donatori iurati non potest aliquod ius superuenire ex defectu insinuationis non factæ: quia promisit se seruatorum donationem. Ergo tenetur eam seruare, nec potest eam impugnare ex defectu insinuationis; quia nullitas hæc ex defectu insinuationis prouenient non est ius diuersum à donatione, quod superueniat donatori. Adde, quod est ius vigens tempore

re donationis; si quidem talis donatio non insinuata non valet & semper est nulla, donec fuerit insinuata. Ergo non intelligitur iurans remittere ius aliquod futurum, sed ius, quod habet de præsenti tempore donationis.

CAPVT XLIX.

Creditor ex caussa Funeraria, an præferatur alijs creditoribus habentibus hypothecam anteriorem expressam?

DVæ sunt contrariæ DD. sententiæ in hoc puncto, & vtraque videtur esse communis. Vna est; non esse præferendum creditorē ob caussam funerariam alijs creditoribus hypothecam expressam habentibus anteriorem, ita glossa in l. Impen. de relig. & sumpt. Neguz. de pign. in 2. memb. 5. part. num. 28. Coro. in l. vlt. §. in computatione, C. de iure delib. Ripa in l. Priuilegia, num. 48. de priui. cred. Duen. regul. 397. in 9. priuil. Caual. de vsufr. num. 95. Seb. Med. in tracta. de sepulturis in 5. quæstione 2. par. num. 72. Afin. in l. vlt. de relig. & sumpt. Conan. lib. 4. comment. Tit. qui potiores in pign. hab. Fran. decis. Neap. 51.

Contrariam sententiam amplexi sunt Rol. consil. 14. num. 13. lib. 1. Bero. q. 63. num. 4. Ripa tract. de peste Tit. de remed. præseruat. num. 133. Ioseph. Ludouic. decil. Perus. 78. Surd. decis. 112. alios adducit Franc. d. decis. 51. num. 1.

Prioris sententiæ fundamentum est in communi regula, quod prior tempore potior sit iure, l. qui prior. ff. de reg. iur. in d. quia creditor hypothecarius præferri solet, quando expressa est hypotheca; cuicunque creditori etiam fauorabili & priuilegiato, prout est mulier respectu suæ dotis, vt notat gl. Batt. & magis com. muniter DD. in Assiduis, C. qui potior. Nec obstare dicunt tex. in l. pen. ff. de religio. & sump. quatenus ibi dicitur: impensam funeris præcedere omne creditum: quia debet intelligi de omni credito personali: quia lex non tuum, sed suum sibi denegat auxilium.

Fundamentum verò posterioris sententiæ consistit in d. l. pen. quatenus ibi dicitur: impensam funeris semper deducendam esse ex hæreditate, & præcedere omne creditum, quando bona soluendo non sunt. Nam, si huiusmodi impensa semper deducenda est ex hæreditate, sequitur nullam habendam esse rationem expressæ hypothecæ anterioris creditoris. Nam si hypothecario creditori satisfaciendum prius esset, contingere posset, vt aliquando talis impensa non deduceretur ex hæreditate creditoribus hæreditarijs vniuersa bona occupantibus. Rursus, si præcedit omne creditum, igitur præcedere debet etiam creditum hypothecarium; nam, qui dicit omne, nihil excludit, l. Iulianus, de legat. 1.

Hoc accedit textus in l. Nec ære alieno, ff. eod. tit. vbi patet, æs alienum non esse deducendum, nec fit distinctio, an sit cum hypotheca, vel sine hypotheca. Non obstat exemplum illud de dote, quòd non præferatur creditoribus habentibus expressam hypothecam anteriorem. Primò: quia conclusio illa valde dubia est: & contrariam sententiam semper ego defendi. Deinde: quia nullus textus repetitur in materia dotis, qui dicat, dotem esse deducendam semper ex hæreditate, vel ex bonis mariti: vel, qui dicat dotem esse deducendam ære alieno non deducto, sicuti repetitur in impensa funeris. Denique accedit textus in l. vlt. §. in computatione, C. de iure delib. vbi hæres prius deducit impensas funeris, postea similem fortunam cum alijs creditoribus sortitur. A Ex quo apparet; respectu impensæ funeris, omnibus præferri; licet respectu aliorum iurium, & suorum, seu actionum, quas habebat contra defunctum, nullam habeat prælationem: sed concurrat cum alijs creditoribus secundum iuris formam.

Hoc autem speciale priuilegium, quod habet funeris impensa, ego non puto ascribendum esse inuentario hæredis; sed fauori ipsius caussæ funerariæ: quia ante omnia deduci debent funeris impensa. Meritò, vt qui opus pium præstitit, præmium quodam modo suæ pietatis agnoscat. Atque ita existimo, posteriorem sententiam, quæ funerariam actionem anteponit creditoribus habentibus hypothecam anteriorem expressam, longe probabiliorem videri.

CAPVT L.

B *De cautione præstanda pro vsufructu earum rerum, quæ vsu conteruntur & minuuntur.*

DE cautione præstanda de vsufructu earum rerum, quæ vsu conteruntur, vel minuuntur, verba feci lib. 8. c. 41. & conclusi: præstandam esse cautionem de restituendis rebus in eo statu, quo repetientur finito vsufructu; loquendo tamen de his rebus, quæ nō nisi longi temporis vsu conteruntur, atque minuuntur.

Addo nunc pro confirmatione Azonem in rub. C. de usufr. num. 10. Abb. in c. ult. num. 3. de pign. ubi adducit exemplum commodati, in quo omne detrimentum & consumptio cedit damno domini; non autem commodatarij, l. eum qui, ff. commod. idem dicit Card. ibid. Soc. senior consil. 10. lib. 4. num. 3.

Quod, si agatur de rebus, quæ breui usu atteruntur, aliud uidetur dicendum; & ita intelligendus est tex. in C §. constituitur, instit. de usufr. & ibid. notat gl. 10. Fab. & Aretin. Feder. de Sen. consil. 46. Ancha. in d. c. ult. de pign. num. 16. & ita distinguit etiam Azo in d. rub. de usuf. Imol. & Socin. in locis sup. annotatis. Alex. consil. 38. num. 7. lib. 3. Bertran. consil. 40. num. 7. lib. 2. Ruin. consil. 106. num. 25. lib. 2. Caual. de usuf. num. 136. & Surd. decis. 67. post num. 4. Et hæc prioribus scriptis addenda esse censui.

CAPVT LI.

Actio de dote an competat contra omnes heredes in solidum?

ACtionem de dote soluto matrimonio competere in solidum aduersus omnes hæredes mariti speciali quodam fauore dotis post alios quos adducit, scribit Affl. decis. 332. num. 2. Decius in D l. Pacto, num. 3. C. de pact. Bald. Nouel. par. 8. prin. 33. alios adducit Surdus decis. 90. num. 1.

Fundamentum est in l. Cum ab uno, de legat. 2. cuius hæc sunt uerba: *Cum ab uno herede mulieri pro dote compensandi animo legatum est eaque dotem suam ferre quam legatum maluit: utrùm in omnes heredes an in eum solum, à quo legatum est, actio de dote ei dari debeat, quæritur. Et Iulianus unum primam, à quo legatum, actionem dandam putat. Nam cum aut suo iure, aut iudicio mariti contenta esse debeat, æquum esse apud eum, à quo ei maritus aliquid pro dote legauerat, usque ad quantitatem legati onus huius æris alieni sustineri reliqua parte dotis hæredibus ei præstanda.*

Sed si totum hoc responsum Iurisconsulti rectè perpendatur; facilè intelligetur, conclusionem superiùs positam ita generaliter, & indistinctè, erroneam esse. Primò Iurisconsultus loquitur, quando animo compensandi cum dote testator uxori suæ ali-

quid

quid legauit. Deinde, quando onus soluendi huiusmodi legatum iniunxit vni ex hæredibus. Tertiò, quando vxor legatum repudiauit, maluitque dotem suam consequi, quàm legatum. Hoc in casu æquum esse putauit Iurisconsultus, vt mulier actionem haberet in eum solum, à quo legatum est pro dote consequenda vsque ad quantitatem legati.

Bene igitur Baldus Nouellus, loco superiùs annotato, dixit duo concurrere oportere, vt hoc priuilegium locum habeat, scilicet; fauorem dotis, & fauorem testamenti. Sed longè clariùs luculentiusq. Surdus est locutus decis. 90. cùm dixit n. 9. priuilegium hoc restringendum esse ad casum, de quo loquitur Iurisconsultus in d. l. cum ab vno.

In hoc igitur priuilegium dotis consistit, vt mulier cogatur agere contra eum, cui testator onus iniunxit æris alieni; licet regulariter creditores non cogantur agere aduersus vnum ex hæredibus, cui testator soli onus æris alieni iniunxit, cùm ipso iure, per legem 1a. tabularum, diuidatur æs alienum inter omnes hæredes, l. si filia, §. si pater, & l. si vni, §. idem Papinianus, ff. famil. erc. & lege seruo legato, §. si testator, de legat. 1.

CAPVT LII.

Victus victori, an sit condemnandus in expensis, quando habet iustam caussam litigandi stante statuto, quod victus victori in expensis condemnetur?

Victum victori condemnandum esse in expensis, constat ex l. properandum, §. sin autem, C. de iud. Constat etiam, iustam caussam litigandi excusare ab expensis, leg. qui solidum, §. etiam, de legat. 2. Sed controuertitur an, stante statuto, quòd victus victori condemnetur in expensis, iusta caussa litigandi excusare debeat ab expensis: nam excusare non debere docet gloss. in Auth. de exhiben. reis in ver. caussam, & ibi Angelus notat. Alberic. in 2. par. statut. quæst. 192. Alex. cons. 257. lib. 2. Cremens. sing. 120. Marsil. consil. 19. num. 1. consil. 37. num. 9. & sing. 207. Rol. à Valle cons. 62. num. 13. & 14. lib. 4. vbi dicit, hanc esse magis communem. Anton. Gabr. com. concl. tit. de expens. concl. 1.

Contrarium docuerunt Bald. in l. terminato, C. de fruct. & lit. impens. Alex. in d. l. properandum, §. sin autem, Asinius in pract. §. 32. lim. 3. Menoch. de arbitr. cas. 177. n. 17. Rol. de lucro dotis, quæst. 26. n. 17. Bero. consil. 150. n. 28. lib. 1. Barbatia cons. 12. num. 3. lib. 1. Couar. pract. quæst. c. 27. n. 4. & alij relati à Gabrielio, & ab Asinio locis suprà citatis.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia statutum esset frustratorium, & nihil adderet iuri communi, si iusta caussa excusaret ab expensis: quia etiam iure communi iusta caussa ab expensis excusat. At statutum non debet intelligi, vt sit superfluum, c. si Papa, de priuil. in 6. l. si quando, de leg. 1. cum simil.

Fundamentum contrariæ sententiæ positum est in hoc: quia statutum debet sic intelligi, vt non sit irrationabile, vt non mereatur à sapientibus reprehendi, & potiùs reputari debet superfluum, quàm vt quis indebitè ex eo lædatur: & cùm disponat idem, quod ius commune, recipere debet interpretationem à iure communi. Quæ omissa sunt dicta vulgatissima, omnib. obuia, & verissima: ideoque pro eis confirmandis allegationum copiæ necessariæ non videntur.

Sunt, qui distinguant; an statutum dirigat verba in iudicem, vel in ipsum victum. Primo casu procedit eorum opinio, qui dicunt excusare: altero verò casu locum habet eorum sententia, qui dicunt non excusare

A iustam caussam litigandi: cuius distinctionis facit mentionem Couar. & Asin. locis præcitatis, & nouiss. Flam. Chartar. decis. 1. Rotæ Genuens. caus. execut.

Ego puto, iuri & æquitati magis consentaneam esse eorum opinionem, qui dixerunt: iustam causam litigandi excusare ab expensis, quoniam ita iure communi sancitum est, nec iuris communis correctio inducenda est ex coniecturis, vt notant omnes in auth. quas actiones, C. de sacros. Eccles.

Nec dicendum est: sententiam iudicis absolutoriam ab expensis contrariam esse statuto, & ideò non valere: quia, si statutum recipit hanc interpretationem, iam non potest dici sententia contraria statuto. Maximè: quia etiam iure communi constitutum est, vt victus victori condemnetur in expensis, d. l. properandum, §. sin autem, & tamen hoc intelligi debet, nisi subsit iusta caussa litigandi, secundum communem omnium Doctrinam. Menoch. d. casu 177. n. 11. Asin. vbi suprà lim. 1. nu. 1. B Nec placet illa distinctio; an verba statuti dirigantur in iudicem, vel in victum: quia semper eadem ratio militat.

Non obstat, si dicatur: cùm statuti verba dirigantur in victum oriri quandam obligationem, & actionem ex statuto: & sic deberi expensas iure actionis. Quoniã, fateor, deberi iure actionis ex statuto orientis, si modò nulla subsit iusta caussa litigandi.

Non obstat quoque, quòd vbi expensæ debentur iure actionis, tunc iusta caussa non excuset, vt tradit plura citando Asin. d. § 32. lim. 1. in sublimitatione, n. 1. & seq. Quoniam hoc procedit; vbi expensæ debentur ex stipulatione; vel ex alio contractu, vel etiam ex testamento, aut alia dispositione, tunc iusta caussa non excusat: sicut iusta caussa non excusat aliquem, quominus condemnetur ad dandum seu soluendum, & restituendum id, quod debet. Non enim eum excusat ignorantia facti neque difficultas aut alia iusta caussa: quia C vbi constat quem dare vel facere oportere, omninò condemnari debet.

Hæc non faciunt ad rem nostram: quia statutum mandans victum in expensis condemnari, etiamsi verba dirigat ad ipsum victum: non tribuit tamen victori actionem quandam similem actioni orienti ex stipulatu, aliove contractu, & obligatione: quasi expensę sint actori debitæ ad similitudinem sortis principalis, quæ debetur ex aliquo contractu, vel alia dispositione. Nã actiones quæ oriuntur ex contractu, & similibus: præsupponunt obligationem ex consensu voluntario debitoris: meritò competit tàm ad sortem, quàm ad expensas. At statutum, de quo agitur, nullam præsupponit obligationem voluntariam ex parte debitoris, ratione huiusmodi expensarum. Meritò dicendum est, diuersam esse rationem inter statutum, de quo agitur, & voluntariam obligationem ad expensas. Hæc ratio con-D firmari potest ex traditis per Ias. in d. l. properandum, §. sin autem n. 4. uers. intellige tamen.

Notandum est autem, etsi iusta caussa excuset ab expensis: summa tamen cum ratione ad euitandas lites super ipsis expensis, & ob alias iustas caussas, factum Rotæ Romanæ auditorium consueuisse, uictum uictori semper in expensis condemnare, licet iustam habeat caussam litigandi, nisi uictus primam sententiam obtinuerit, quæ ex nouiter deductis fuerit reuocata, ut per Veralium decision. 340. part. 1. & per Ludouic. Gomes. ad regul. de Annali q. 41.

CAPVT

CAPVT LIII.

Creditor, qui priorem habet hypothecam, an possit pecuniam posteriori creditori solutam recuperare?

EXistimo, priorem creditorem hypothecarium, uel priuilegiatum, posse repetere atque recuperare pecuniam posteriori creditori solutam, auctoritate textus in l. ulti. §. etsi præfatam, C. de iure delib. ubi Iustinianus ita scribit: *Sin verò hæredes res hæreditarias creditoribus hæreditarijs pro debito dederint in solutum vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint liceat alijs creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, aduersus eos venire, & à posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per conditionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.* Atque ita docuit Bart. in l. Pupillus, ff. quæ in fraud. cred. Stracca de decoctor. ult. part. num. 51. ubi alios adducit, & communem esse testatur, multos alios adducit nouissimè Flam. Char. decis. Genuens. 19. num. 3.

Contrariam sententiam amplexus est Afflictus dicens, ita fuisse decisum decisi. 190. & idem testatur Cap. decis. 78. & in terminis statuti Genuæ, sic etiam respondit Paris. consil. 69. lib. 4. & ita etiam in eisdem terminis statuti Genuæ decisum est apud Flam. Char. loco supra dicto.

Omisso statuto Genuæ, quod seruari debet in loco suo, & ius commune considerando, duo sunt argumenta, quibus hæc contraria sententia oritur. Primum est in d. l. Pupillus ff. quæ in fraud. cred. cum alijs concor. quibus cautum est: pecuniam posterioribus creditoribus solutam reuocari non posse; quoniam iura vigilantibus, & non dormientibus scripta sunt. Alterum argumentum est ex æquitate ad euitandas lites, quæ occasione decoctorum orirentur, si pecunia soluta creditoribus repeti posset.

Istis non obstantibus, communior sententia mihi verissima videtur: nam, quod attinet ad primum, leges allegatæ loquuntur de creditoribus, qui actionem habent personalem, & nullus eorum hypothecam habet, vel aliud priuilegium, quo alteri præferatur. & ita expressè distinguit Bart. in d. l. Pupillus, & ratio est clara: quia pecunia soluta posterioribus creditoribus, erat obligata prioribus; & ideò ad alios transire non potuit liberè: sed cum sua causa, id est, cũ hypotheca, propter quam repeti potest; vel actione hypothecaria, si extet; vel conditione ex lege, si consumpta fuerit, vt expressè habetur in d. l. vlt. §. etsi præfatam. C. de iure delib. idem probatur in l. deferre, §. vlt. de iure fisci, & in d. l. pecuniam, cum glos. C. eod. tit. de priu. fisci.

Quòd verò attinet ad alterum argumentum, responderi potest: hanc non esse æquitatem, sed iniustitiam: quia in contrarium est lex scripta. Aequitas verò ista nullibi reperitur, & propterea nulla eius est habenda ratio, l. prospexit, ff. qui & à quibus cum vulg.

CAPVT LIV.

Vbi caussa cognitio delegata est, an censeatur etiam delegata caussæ expeditio?

QVoties ab homine delegata est caussæ cognitio, non videri datam desiniendi potestatem, communior videtur Doctorum sententia Bart. in l. à diuo Pio, de re iud. & ibid. Bald. Castr. & Cuman. & Alex. num. 18. quos & alios

A refert, & sequitur Menoch. de arbitr. quæst. 37. num. 47.

Contrariam sententiam habuerunt ibidem Imola necnon Iaf. ibid. num. 17. vbi alios adducit Fel. in c. sa. per quæstionum, n. 3. de off. deleg. altos refert Menoch. vbi sup. num. 2.

Prioris sententiæ multa sunt argumenta; sed leuia & quæ refelluntur, à Menochio, & ab alijs. Præcipuum igitur fundamentum est ipsius Menochij. quia rescriptum delegatorum strictè interpretari debet: & ideò non extenditur ad casum omissum. Cum igitur cognitio caussæ differat ab eius expeditione; mentiõ commissa cognitione non censetur commissa expeditio caussæ, c. 1. & ibi gl. in ver. processus, de rescript. in 6. cap. caussamque, cod. tit. c. quamuis, & c. accusatus, 3. q. 6. l. cum prætor, de iud.

Contrariæ verò sententiæ fundamentum est positum in l. 1. C. si contra ius vel vtilit. publ. vbi textus facit mẽtionem de cognitione supponendo, quòd possit iudicare is, cui cognitio demandata est.

B Ego, licet maxima sit auctoritas communis opinionis; ausim tamen amplecti contrariam sententiam, ea ratione: quod cognitio caussæ iure nostro significat ipsius caussæ cognitionem, & expeditionem, l. generaliter, l. sæpe audiui, de off. præsidis, l. ait prætor, de re iudic. l. notionem, de verb. sign. l. 1. de constit. Princ. l. 4. §. 1. de eo, quod certo loco, l. 1. ff. vbi pupil. educ. deb. l. 17. §. vlt. de damn. infect. l. 3. §. si emancipatus, de bon. poss. contra tab. B isson Schrad. & omnes in verbo, cognitio. Hinc cognitio tutelæ, de inofficioso testamento, de damno dato, & de alijs passim exempla videri possunt: & semper accipitur cognitio pro discussione, & examinatione caussæ, eiusq; expeditione, ita vt cognoscere nihil aliud sit; nisi ius dicere super eo, l. 3. §. Cognoscit, de off. præfecti vigil. l. 2. de re iud. adeò, vt qui cognouit, iudicare quoque cogendus sit, l. de qua re, de

C iudic.

Ex quibus tollitur fundamentum contrariæ opinionis; quia nulla opus est extensione, cùm cognitio secum trahat etiam caussæ desinitionem.

CAPVT LV.

Vtrum rescriptum mandans ordinario, vt summariè procedat, efficiat eum delegatum?

CErtum est, ordinarium iudicem effici delegatum, quoties rescriptum in aliquo iurisdictionem suam ordinariam immutat: vt puta, si mandet vt summariè causam expediat; alias verò, si nõ altererur eius iurisdictio, remanet ordinarius, vt notant Deci. & Iaf. in l. etsi prætor, de off. eius, Beroius consil. 109. num. 9. lib. 3 Brun. consil. 173. num. 6 Viui. comm. opin. in ver. iudex ordinarius, Achil. de Graff. decis. 2. tit. de rescript. Batt. decis. Bonon. 150, num. 1. Difficultas est, quando verbum (summariè) in rescripto positum non respicit causæ definitionem; sed processum, vt si dicatur: procedas summariè, & instituam facias. Nam

D hoc in casu, iudicem ordinarium, fieri delegatum in procedendo tantum, dicebat Iacob. Bottig. in l. qui pro curatorem dat, de procur. & sequitur hanc sententiam Bald. ibi in vlt. col. necnon etiam Castr. Iaf. in l. etsi prætor, de off. eius add. ad Fel. in c. licet in ver. summariè, de off. ordin. Menoch. arbitr. q. l. 37. num. 3. vbi alios recenset, quam sententiam, & ipse quoque amplector.

Contrarium uoluit Bal. in add. ad Specul. tit. de delegato, in uers. leg. itus est ordinarius. & D. c. in l. etsi prætor, de off. eius.

Fundamentum prioris sententiæ, in hoc consistit quo-

qoonium aliud eſt proceſſus; aliud eſt ſententia: & poteſt commiri ac delegari proceſſus; & non ſententia, auth. ad hæc, C. de iudic. cap. 1. in verbo proceſſus, de reſcript. in 6. c. cauſſam, de reſcr. c. quamuis, c. accuſatus, 3. q. 6. Et ideò arbitrium datum in procedendo, non extenditur ad deciſionem cauſſæ, Soc. ſen. conſil. 195. col. 2. verſ. confirmatur, lib. 2. Beniuenud. deciſ. 51. num. 6. & 7. cum alijs adductis per Menoch. d. q. 37. num. 3. & ſeqq.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Primo, quòd continentia cauſſæ diuidi non debeat, l. nulli, C. de iud. Reſpondeo cauſſæ continentiam hic non diuidi, cùm vno & eodem iudicio cauſſa terminetur. Secundò non obſtat textus in l. de qua re, de iudic. vbi videtur probari: iudicem debere iudicare eo modo, quo cognouit. Reſpondeo: non ita dicere Iuriſconſultum ibi; ſed de qua re iudex cognouit, iudicare quoque cogendus eſt. De modo autem nullum verbum. Tertiò: quia vna & eadem res non debet diuerſo iure cenſeri. Nam reſpondet Menoch. vbi ſup. num. 10. vnam & eandem rem, quoad diuerſas conſiderationes, poſſe diuerſo iure cenſeri, vt hic: quia reſpectu proceſſus poteſt conſiderari, vt iudex delegatus; reſpectu verò ſententiæ, vt ordinarius. Quartò: quia ſententia habet relationem ad proceſſum, c. eum ad ſedem, de reſt. ſpoliat. & ex qualitate proceſſus iudicatur ſententia, vt notant Bald. & Alex. in cap. ſi ſeruus plurium, § ſi numerus, de legat. 1. & appellatione proceſſus venit ſententia, vt notat Bald. in cap. cum I. & A. de re iud. Et, quia proceſſus eſt præparatio ſententiæ; ideóque idem debet iudicari de ſententia, quod de proceſſu, arg. l. ordinarij, C. de rei vind. Et, quia ex antecedenti infertur ad illud, quod ſequitur, l. quamuis, & ibi Bart. C. de fideic. Et, quia denique abſurdum eſſet, quod ratione proceſſus ad vnum deberet appellari; & ratione ſententiæ ad alium.

Reſpondetur vno verbo, iſta non obſtare: quia proceſſus verè differt à ſententia, & poteſt committi proceſſus ſeparatim à ſententia: & ſic proceſſus non eſt antecedens neceſſarium ad ſententiam, vnde nulla abſurditas ſequi poteſt: quia in procedendo erit delegatus; in pronuntiando ordinarius, cùm reſcriptum delegatorium ſtrictè ſit interpretandum, cap. ſignificante, de reſcript. & tradit Menoch. loco præcitato, num. 19. & eſt textus in auth. ad hæc, C. de iud. itaque omnes iſtæ regulæ vno, & eodem vento diſſipantur propter earum leuitatem. Ita mihi concludendum videtur.

CAPVT LVI.

An tutor poſſit prorogare debitoribus pupilli tempus ſolutionis faciendæ?

EXiſtimo communem & veram eſſe Dd. ſententiam; tutorem non poſſe tempus prorogare ad ſoluendum debitoribus pupilli: quia tenetur vtilia facere, & inutilia prætermittere ſecundum formam iuramenti, & promiſſionis, quam facit tempore adminiſtrationis ſuſceptæ, l. vlt. C. de cur. fur. & quia, ſi quid tutor inutile fecerit, aduerſus tutoris factum datur reſtitutio minori, l. 1. & 2. & toto tit. C. quando ex facto tuto. Et, quia hæc prorogatio ſapit naturam cuiuſdam donationis, ſiue liberalitatis, quam tutor ſine iuſta cauſa exercere non poteſt, ſicuti nec alius procurator generalis, lege contra ioris, §. 1. de pact. l. qui Romæ, §. Callimachus, de verb. obl. l. tutor, l. Lucius, §. tutorib. ff. de adm. tut. atq; ita receptum eſſe videtur, vt patet ex traditis per Alex. in l. pactum curatoris, num. 6. C. de pactis, & per Tiraq. de retract. conuent. ad fin. num. 18.

A Non ignoro, aliquos contrarium voluiſſe, arg. l. vlt. §. ſi quis profeſſus, ff. de Publicanis. Facilis eſt reſponſio: quia textus loquitur de Publicano negligente in recipiendo vectigal, quod non poteſt nocere debitori: & meritò non incidit in commiſſum, vt ibi expreſſè dicitur. Hoc autem nil commune habet cum quæſtione noſtra, vt patet. Eandem ſententiam nouiſſ. ſecutus eſt Paul. Montan. in tract. de iure tutelarum reg. 9. num. 131. ſub cap. 32.

CAPVT LVII.

An, ſi contractus ſit nullus, ob defectum ſolennitatum competat remedium redintegrandæ poſſeſſionis?

B MAgni momenti profectò eſt hæc controuerſia, & ſæpiſſime in iudicijs agitari ſolet. Exempli cauſſa tutor vel curator vendidit rem immobilem, non adhibitis iuris ſolennitatibus; vtrùm pupillus vel minor agere valeat remedio redintegrandæ poſſeſſionis?

Negant rota Romana apud Puteum deciſio. 277. lib. 3. & nouiſſ. deciſ. 93. in 2. parte diuerſ. Gab. conſ. 36. num. 17. quorum fundamentum mihi videtur eſſe in duobus poſitum. Primum eſt: quoniam ex contractu nullo, ob ſolennitates non ſeruatas, poſſeſſio transfertur, l. 1. §. ſi vir, de acq. poſ. Ruin. conſil. 137. num. 11. lib. 1. gl. in l. 2. § ſi à pupillo, ff. pro empto. & ibi Bart. num. 3. Imol. num. 7. Alexand. in d. §. ſi uir, num. 13. Iaſ. ibid. num. 14.

Alterum eſt: quia, licet bona maiorum alienari non poſſint abſque iuris ſolennitatibus, tot. titul. de rebus eorum, tamen poſſeſſio poteſt alienari. Et hanc eſſe magis communem, & veram Dd. ſententiam, ſcri-
C bit Rota Romana d. deciſ. 93. in 2. p. nouiſſ. quia nullibi prohibetur alienatio ſolius poſſeſſionis minorum, cùm in oratione D. Seueri, de qua loquitur textus in l. 1. de reb. eor. nihil dicatur de poſſeſſione.

Quamquam auctoritas rotæ plurimum ponderis habere ſoleat, & meritò etiam debeat; vereor tamen, ne non ita ſit, & ſalua reuerentia oppono textum in l. magis puto, §. 1. de reb. eor. ubi Iuriſconſultus ita dicit: *Si pupillus fundum bona fide emptum poſſideat dicendum puto, nec hunc alienare tutores poſſe.* Hic non alienatur fundus, ſed poſſeſſio, & tamen textus dicit alienari non poſſe. Quamobrem ego contrariam ſententiam in illo articulo, utrùm abſque decreto, & alijs ſolennibus ſola poſſeſſio minoris alienari poſſit? ſecutus ſui lib. 3. contr. cap. 2.

Quod uerò dicitur: poſſeſſionem transferri ex contractu, etiam inutili, atque inualido; tametſi agatur de re minoris uel pupilli, poſito, quod ita ſit, non tamen
D efficitur ceſſare oportere remedium poſſeſſionis redintegrandæ. Nam fateor, poſſeſſionem eſſe translatam, ſed dico, ex iniuſta cauſa translatam eſſe, quod ſufficit ad hoc, ut competat remedium redintegrandæ poſſeſſionis, ut probatur in cap. redintegranda 3. q. 1. ibi: *Per quaſcunque iniuſtas cauſſas.* & ita notant Calderin. Butr. in cap. ad ſedem, de reſtit. ſpol. & ibi Abb. num. 28. idem Butr. in c. ſæpe, eod. tit. num. 12. Imola in c. querelam, de elect. Alex. conſil. 51. num. 1. lib. 1. & conſil. 200. num. 1. lib. 1. Crau. conſil. 248. num. 6. & in reſp. pro genero, num. 214. & conſil. 153. num. 3. Bec. conſil. 13. num. 7. Verar. deciſ. 170. num. 6. & 7. part. 3. & in terminis pupilli priuati ſua poſſeſſione ex alienatione nulliter facta à tutore, quòd poſſit agere remedio poſſeſſionis redintegrandæ, affirmant Neuiz. conſil. 85. num. 13. Crau. conſil. 879. num. 2. & num. 9. Menoch. conſil. 314. num. 13. 14. & 18. Roland. conſil. 41. num. 34. lib. 3. & conſil. 72. num. 5.
&

& 9.lib.4. Alex.consil.92.num. 3. & 14.lib.5. Rim. iun. cons.5.num.50.lib.1. Natta consil.162 nu.35. Menoch. de recup.possess.rem. 5.num.191. Plot. in l.si quando, §.3.num.7.vers.item dictum remedium C.unde vi, Simoncell.de decret.lib.1.tit.1.num.46. Bertazol. consil. ciuil.12. Aondedeus, qui hos & alios adducit consil. 23. num.40.cum plurib.seqq.& num.55. vsque ad finem, vbi respondet aduersus Rotam Romanam, dicens: eã non satisfecisse huic argumento. Et idem mihi videtur, meliore iudicio saluo.

CAPVT LVIII.

An filij possint, viuente patre, bona materna vel aduentitia alienata à patre, reuocare?

SCribit Imp. Iustin. in l.1.§ vlt. C. de ann. excep. *Apertissima definitione sancimus filiusfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minimè patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionẽ mouere potuerint, id est, postquã manu paterna, vel eius in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi voluerint, minimè adimplere lege obuiã te valebunt:* Sensus est: filiumfamilias non posse actionem mouere ad vindicandas res aduentitias, viuente patre; & ideo præscriptionem ei non currere. Idem de præscriptione habetur in auth. nisi tricennale, C.de bon. matern.

Hoc ita stante, ego infero: filiumfamilias vindicare non posse bona aduentitia, à patre ipso alienata, viuente patre. Licet enim textus non loquatur specialiter, & nominatim de bonis aduentitijs à patre alienatis: ita tamen claré, & generaliter loquitur, vt manifestum sit, non licere filiofamilias agere pro recuperatione suorum bonorum. Si n. agere non potest ad bona vindicanda, quæ possidentur ab alijs, ad quos peruenerint; multò minùs agere poterit aduersus eos, qui possident ex alienatione in eas facta à patre. Aut certè eadem est ratio hoc in casu, quæ est in alijs casibus, in quibus bona iniustè alienantur, vel occupantur, ad filiosfamilias pertinentia.

Hanc ideo ergo amplector sententiam magis communem, quæ negat: filium viuente patre, in cuius potestate est, bona alienata à patre vindicare posse. Bar. in l. si constante, num.63. ff. sol. matr. & ibid. Crot. in 2. lect. num.118 Bellon. consil.24. num.5. Neguz. de pignor. 5. part. memb.4. num.15. nouissimè Aluarus Valasc. decis. 69. num.16. vbi alios adducit, & testatur hanc esse magis communem sententiam.

Contrariam opinionem defendit Pinellus in auth. nisi tricennale, C.de bon. mater. num.44. & 45. & in l. 1. in 3. par. num.74. C. eod. tit. vbi adducit Bal. in l. vlt. §. in computatione, & ibid. Corn. nu.6. C.de iure delib. & Ias. in consil. 56. lib.3.

Motus primo: quia tex. in d.l.1. §. vlt. C.de ann. except. non exprimit, patrem alienasse aduentitia bona filij. Responderi potest ex verbis illius textus, comprehendi etiam hunc casum, quando pater alienauit bona aduentitia filij; quia dicit Imperator filium nullam mouere posse actionem pro consequendis bonis aduentitijs, viuente patre suo. Et ideò non obstare ei exceptionem præscriptionis. Ergo supponit ille textus, necessariò bona aduentitia filij possideri ab alijs, & apud alios reperiri. Hoc autem accidere potest etiã propter alienationem factam à patre. Ergo iste casus sub generalitate illa comprehensus esse videtur. Et est eadem ratio in isto casu, quæ in alijs, cum semper filiusfamilias habeat dominium bonorum aduentitiorum; licet ea recuperare non possit, patre viuente, qui est legitimus administrator eorum, l.1. C.de bon. mat. nec te-

A perituriore caorum, patrem teneri hoc in casu ad præstandum consensum filio agere volenti, sicuti expressum est in alijs casibus, iuxta l vlt. §. necessitate, C. de bon. quæ lib.

Secundò Pinellus mouetur ex l. Imperator, ff. ad Trebel. Respondeo: illud ibi concessum fuisse, ne fieret fraus fideicommisso: & sic agebatur ibi, non solùm de præiudicio filij, cui bona erant per fideicommissum restituenda: verum etiam de euersione fideicommissi, quod patre bona dissipante locum non habuisset. Expedit autem supremas hominum voluntates exitum sortiri, l. vel negare, ff. quemad. test. aper. Adde, quod ibi non agebatur de præiudicio tertij possessoris, sicut in quæstione nostra.

Tertiò, Pinellus mouetur ex glossa in l. si quis, §. fin. C. de secund. nuptijs, vbi glossa dicit: filios in potestate patris constitutos non debere perscrutari eius administrationem, nisi ipse suspectus habeatur de fraude, vel

B de alienando, vt ff. ad Treb. l. Imperator. Respondeo quia glos. mouetur ex d.l. Imperator, eodem modo tollit hoc argumentum, quo sublatum est arg. ex d.l. Imperator.

Quartò, mouetur Pinellus ex traditione multorum, qui dixerunt: administratore contra legem alienante admitti dominum aduersus alienationem. Bero. in c. si quis presbyterorum, num.47. de rebus Eccles. Respondetur: Beroum ibi & alios non loqui de filiofamilias, viuente patre.

Quintò, mouetur Pinellus: quia pater remoueri potest ab administratione, si aduentitia filij citra caussam alienet. Respondeo; hæc esse dissimilia: quia hic non agitur de remouendo, patre ab administratione; sed de bonis aduentitijs vindicandis.

Sextò, mouetur: quia filius statim admittitur in alienatione feudi. Nihil est: quia non licet argumentari de feudis ad alia. Cætera argumenta prætermitto: quia

C leuissima sunt.

CAPVT LIX.

An patre, bona sua dissipante possit filius petere portionem sibi assignari pro alimentis, vel pro legitima?

SCribit Bald. in l.2. C. si in fraud. cred. sub num. 3. licere filiofamilias, patre bona sua dissipante, petere sibi aliquid assignari pro alimentis, siue pro legitima. Et Baldum secuti idem notat Castr. ibi num. 6 & in l. Imperator, & ibi etiam Alex. num.13. Iacobin. in l. si nulla, num.3. de iudic. Cagno. in l. vlt. num.190. C.de pactis, & multi alij, quos cõmemorat Surd. tract. de alim. tit.8. priuileg 26 num. 5. ex quibus patet hanc esse communiorem sententiam, de qua etiam multi attestantur apud Surdum loco annotato.

D Contrarium voluit Bal. in l. non potest, ff. de adoptio. ad quem se refert Ias. in §. si quis in fraudem, num. 3. institut. de actio. & hanc veriorem esse scribit idem Ias. in l. nam & postea, §. sed etsi quid, nu.4. de iureiur. Salyc. in d.l.2 C. si in fraud. cred. Pinell. in l.1. par.3. nu. 75. C.de bon. mater. Vasq. contr. illustr. cap.37.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia filio debẽtur alimenta à patre: ergo poterit agere, vt sibi assignentur bona pro alimẽtis: si enim nihil petat, pater omnia dissipabit, & ipse nihil poterit habere, vñ se alat. Confert tex. in l. Imperator, ad Trebell. sic videmus, debitorem in diem, si ex noua caussa efficiatur suspectus de fuga, cogi posse, vt præstet fideiussorem de soluendo die adueniente, l. quæsitum, ff. de pignor. & ibi glossa in ver. interest, Alex. in l.2. sol. matri. & in l. si ab arbitro ff qui satisd. cog. & ibi Ias. num. 7. idem Ias. in §. tuperest, numero 77. instit. de actio. Surd. consilio 68 numero 10. Sic videmus quoque, patre dissi-

panie dotes maternas, cogi posse officio iudicis, vt A fint saluæ pro filijs, vt notat Bart. in d.l. si constante, numero 26.fol.matr. quod tanquam dictum singulare approbat Petr. de Rauenna sing. 409. & Anton. Trigon.sing.10.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ consistit in l.vsque adeò,ff.si quis a parente fuerit manu.vbi dicitur iniquum esse, auferre ingenuis hominibus liberam rerum suarum alienationem. Et quia adest remedium ordinarium,vt patri bona dissipanti interdica tur administratio,& detur curator,l.1.in fine, ff.de cu. tat.furio.Et quantum attinet ad legitimam: quia illa non debetur filio patre viuente,l.1.§. si impuberi, ff.de collatio.bon.latiss.probat adductis auctoritatib. Surd. d.priuil.26.in princ.

Nihil propuni hic video, pro hac sententia posteriori,quod tollat fundamentum prioris sententiæ:quia fateor, interdici posse administrationem, & curatorem dari; sed illud hic cum iniuria patris, nec cogendos est filius vti tali remedio, cùm alia ei suppetant minùs odiosa, prout est; petere assignari sibi bona necessaria pro alimentis. Fateor, legitimam quoque regulariter non deberi, viuente patre; sed dico, peti posse ante tempus, quod debetur à debitore, sus.cto.

Non nego; iniustum esse, auferre cuiquam liberam bonorum suorum administrationem; sed dico, liberam hanc administrationem nemini fraudi esse oportere; & ideò melius est, in tempore occurrere, quam post illarum vulnus remedium quærere. Si pater tenetur filios alere omni iure,l. si quis à liberis, §.si quis ex his, ff. de liber. agnosc.inst. de iure natu. in princ. latissimè. Surd. in princ. tract. de alim. quæstio, 1. non video, cur filius sibi prospicere non possit, ob eiusdem periculum, petendo bonorum assignationem pro securitate huiusmodi alimentorum: quando videmus, id genus remedia concedi cæteris creditoribus, quorum caussa non est ita fauorabilis, & pia.

CAPVT LX.

An pater adoptiuus teneatur alere filium adoptiuum extraneum?

NOn teneri, meritò affirmauit glos. in §. sed ea omnia,in instit.de hæred. quæ ab intest. def. quam secuti sunt Faber, & Aretin.ibi. Guil. de B.ned.in c. Raynutius, in ver. & vxorem nomine Adelasiam,de testam.10 5.decis.num.177.Titaq.ad l.si vnquam,ver.susceperit liberas, numero octauo, C.de reuoc.don.

Fundamentum est:quia hoc onus patri naturali incumbit,nec aliquid consequitur talis filius adoptiuus, D nisi hoc tantummodò,vt adoptiuo patri succedere ab intestato possit. Probatur in l.penult. C.de adoptio.ibi: *Omnia igitur(secundum quod iam d sposuimus, cùm ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur) maneant integra iura siue ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones,siue ab intestato siue ex testamento,quæ liberis d feruntur, vt & ipse possit prodesse patri naturali, & ab eo naturalia debita percipere.* Percipiet igitur alimenta à patre suo naturali;quoniam hoc est naturale debitum, instit.de iure natu.in princ.cap.ius naturale,1.dist cum multis alijs,quæ adferri possent.Rursus in §.sed ne articulum,inquit Iustinianus *Licentiam damus tali adoptiuo patri, id est, extraneo, si voluerit nihil ei testamento suo relinquere, &c. cùm enim per omnia naturæ sua filium aggrauemus:manifestissimè est quòd & acquisitiones omnium rerum, &c. non adoptiuo extraneo patri,&c. Et permaneant in iuris patris naturalis quasi imaginaria quadam, & noua affectione ei* A *acquisita:nō pristine cognationis diminutione introducta.* Ex quibus verbis apparet, quàm integra maneant omnia iura patris naturalis. Ergo manet etiam integrum hoc ius consequendi a patri naturali alimenta. Pergit textus sic dicens: *hoc tantummodò prodesse ti volumus adoptionem,vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur: sed habeat actionem fortuna ex patris naturalis sibi voluntate acquisitam &c.*

Ex quibus verbis liquido apparet; extitisse patris adoptionem nullum aliud adferre emolumentum, & commodum filio, nisi hoc vnum dumtaxat, vt filius adoptatus succedat ei ab intestato; reliqua iura integra atque illibata seruantur filio, quoad patrem suum naturalem, ita vt pater suus naturalis remaneat ei obligatus, sicut ante adoptionem erat, & simili modo pater naturalis vsumfructum consequatur in bonis aduentitijs, sicut ante adoptionem consequi B poterat.

Contrariam sententiam amplexi sunt Placentinus antiquus glossator, cuius mentionem facit glossa in d. § sed ea omnia,& ante eum Azo,quem citat Io.Faber ibi Specul. Tit. qui filij sint legit. num. 19. & ibi Io. And.& multi alij,quos refert & seq.Surd. de alim. Tit. 1.q 2.nom.6.

In primis dicunt:iura patris naturalis minimè dissolui per adoptionem,videlicet,tota actiua,quæ patri cōtra filium competebant; non autem iura passiua, quibus pater erga filium tenebatur. Malè, & contra expressa verba textus in d.l.penult.ibi:*Omnia igitur maneant integra iura, siue ad inofficiosi querelam siue ad alias omnes successiones,siue ab intestata siue ex testamento quæ liberis deferuntur, vt & ipse possit prodesse patri naturali,& ab eo naturalia debita percipere.* Hæc verba mihi videntur clare ostendere; omnia iura tam actiua quam passiua salua & integra esse, & patri erga filium, C & filio erga patrem.

Secundò mouentur ex l.eneta, ff. de adoptio. vbi Paulus scribit:*Onera eius,qui in adoptionem datus est,ad patrem adoptiuum transferuntur.* Respondeo:his verbis non contineri onus alimentandi filium; quia onna alimentandi filium est patris naturalis, ideo Iurisco. dixisset,onera patris naturalia transferri in patrem adoptiuum onera igitur,de quibus ibi loquitur textus,sunt longè diuersa,vt scilicet nomine filij contenantur pacta adoptiuus, §.vlt. instit. de acquisit.per arrogat. Lin arrogatorem ff.de pecul.

Tertiò mouentur: quia adoptio imitatur naturam & ideò, sicut pater naturalis tenetur alere filium suum; ita & pater adoptiuus. Respondetur fatendo, adoptionem imitari naturam suo modo, videlicet prout loquitur tex. instit. de adopt. §. minorem. Sed nego per omnia adoptio naturam: & rationem hanc adfero: quia si per omnia adoptio naturam imitaretur; sequeretur, quòd filius adoptiuus transiret in potestatem patris adoptiui extranei, quod est falsum & deberet ab eo hæres institui, sicuti a patre naturali, quod est falsum, vt in d.l.penul. §.1. C. de adoptio. vbi diserte constitutum est, in hoc tantummodo adoptionem prodesse, vt patri adoptiuo succedat ab intestato.

Nec obstat, quod dicitur; dictionem illam tantummodo non excludere casus similes, l. ob æs, & ibi glossa, C. de præd. min. cum alijs adductis per Surd. vbi sup. numero 10. Casus autem alimentandi non est dissimilis successioni. Respondeo: hanc rationem non esse concludentem. Potest ab intestato succedere alicui quis; ergo tenetur ad alimenta is, cui succedere potest. Potius è contrario valeret, vt videlicet is,qui habet commodum successionis, teneretur ad alimenta, vt loquitur Surd. loco sup. citato, Deinde idem ... secum sibi vindicare posse in sub-
sidium;

ſidium; quando ſcilicet pater naturalis non adeſſet, vel non poſſet alimenta ſuppeditare. Sic videmus proximiores agnatos & cognatos ſuccedere ſibi inuicem: nemo tamen dixerit, directè obligatos eſſe ad alimenta; ſed tantummodò in ſubſidium in certis caſibus.

CAPVT LXI.

An patruus teneatur alere nepotem?

COmmunior ſententia videtur: patruum non teneri alere nepotem, Odofred. in l. 2. C. de liber. alen. Syluan. conſil. 33. num. 14. vbi dicit, eſſe communem, & alij quos refert Surdus de alim. titul. 1. quæſt. 28. Fundamentum eſt: quia hoc nullo iure cautum reperitur. Item, quia patruus non tenetur dotare neptem pauperem, vt notat Ang. Imol. & Alexand. in leg. 1. ff. ſolu. matrim. Alexand. conſil. 66. lib. 4. Coraſ. in B l. qui liberos, num. 122. de ritu nupt. Ripa in d. l. 1. numero 86. Bald. Nouell. de dote in 6. part. priuil. 16. verſic. quid autem in patruo, Campeg. de dote, part. 1. quæſt. 19.

Contrariam ſententiam habuerunt Crotus in l. filiusfamilias, §. diui, n. 30. & ibidem Ripa n. 43. Surd. d. q. 28. Fundamentum eſt: quia filius fratris ingreditur locum patris ſui, §. ſi igitur, in auth. de hæred. ab inteſt. Auth. poſt fratres, C. de legit. hæred. Bec. conſ. 81. cum alijs adductis per Surd. vbi ſup. in princ. Cùm igitur teneatur patrem ſuum, & iure cautum ſit, fratrem teneri alere fratrem inopem, vt eſt tex. in l. qui filium, & ibi Bart. notat & alij, ff. vbi pupill. educ. deb. meritò dicendum videtur, nepotem egenum alendum eſſe à patruo. Et hoc mihi æquiſſimum videtur, ideò non obſtat primum argumentum, quia ratio naturalis, & rei æquitas ſufficere debent pro lege. Argumentum verò de dote ad alimenta non valet negatiuè ſumptum. Nō tenetur dotare: ergo nec alere; quia multæ ſunt perſonæ, quibus alimenta debentur: non tamen dotandæ ſunt, vt bene declarat Surd. vbi ſup. n. 9.

CAPVT LXII.

An textus in l. ſi inſtituta, §. de inofficioſo, ff. de inoff. teſt. mandans prouideri filio de alimentis, & ſumptibus litis, locum habeat in prima inſtantia?

ASſentiunt receptæ ſententiæ Doctor. prouidendum eſſe de alimentis & ſumptibus litis filio agenti; vel alijs agentibus, qui eodem iure cenſentur etiam in prima inſtantia: quia ſic mihi videtur deciſum in l. vlt. C. de ordin. cognit. vbi nulla erat lata ſententia & ſic prima inſtantia vertebatur, & tamen textus dicit: *Ita vt ex ijsdem (ſi aliqua alia facultas eſſe non poterit) tantum litis ſumptus, & alimoniæ homini ſubminiſtretur, quantum moderato iudicis arbitrio fuerit æſtimatum.* Atque ita docuerunt Afflict. dec. 11. Rota Romana deciſ. 2. Tit. de iudic. in nouis. Capit. deciſ. 259. n. 5. lib. 2. Couar. pract. quæſt. c. 6. Crau. conſil. 164. Illuſt. ac Reuerendiſſ. Dominus meus Carol. Antonius Puteus in conſilio ſuo vnico, atq. ſingularis, incomparabilisq. doctrinæ pleno, quod eſt impreſſum poſt conſilia Oddi n. 1. Menoch. de præſump. q. 35. n. 4. Surd. de alim. Tit. 1. q. 112. ſub n. 18.

Diuerſam ſententiam habuit Caſtr. in l. ſi inſtituta, §. de inofficioſo, ff. de inoff. teſt. vbi requirit, ſententiam fuiſſe latam pro filio, vt ei alimenta decernantur & ſumptus litis, gl. Bart. Alber. Ang. & Fulgoſ. prout eos refert Couar. pract. quæſt. c. 6. n. 5. alios adducunt Menoch. & Surd. locis ſup. citatis.

Fundamentum eſt in d. §. de inofficioſo, vbi neA pos iam ſententiam obtinuerat. Sed placet reſponſio illa, quod ita ex facto contigerit: quia textus non fundatur in eo, quod ſententia eſſet lata pro filio; ſed propter inopiam. Placet quoque alia reſponſio, videlicet: textum illum eſſe intelligendum ſecundum ius antiquum: nam iure antiquo filius præſumebatur iuſtè exhæredatus, l. Nam & is, §. 1. de inoff. teſta. Et ideo erat neceſſaria ſententia pro filio, cùm et non competeret Carboniana bonorum poſſeſſio, propter exhæredationem, leg. qui de inofficioſo, ff. de inoff. teſtam. Iure autem nouo exhæredatio præſumatur eſſe iniuſta, l. Omnimodo, C. de inoff. teſtam. §. Aliud quoque capitulum, in auth. vt cum de appel. cognoſ. Ideò non eſt neceſſaria amplius ſententia: quoniam filius habet præſumptionem pro ſe. Quæ reſponſio eſt Couarruuiæ pract. quæſt. c. 6. num. 5. & Menoch. de præſumpt. lib. 1. q. 35. numero 5.

CAPVT LXIII.

Qui promiſit dare fideiuſſorem, an liberetur præſtando cautionem iuratoriam?

QVi promiſit fideiuſſorem præſtare, cum non eſſet obligatus, non liberatur præſtando iuratoriam cautionem, licet illa regulariter ſufficiat vbi adeſt impoſſibilitas vel magna difficultas inueniendi fideiuſſores. Ita docet Iaſ. in l. 1. n. 23. ff. qui ſatiſd. cog. poſt Paulum Caſtrenſ. quem ipſe citat, Iaſonem refert & ſequitur nouiſſime Vincen. Mancin. de iuram. par. 4. eff. 149. n. 14. In eandem ſententiam inclinare videtur Olaſc. deciſ. 70. n. 4.

Contrariam ſententiam iuri conſentaneam eſſe, ac defendi poſſe, ſcribit Seraphin. de priuil. iuram. priuil. 18. n. 26. cum ſeqq. Videamus fundamenta.

Prior ſententia fundatur in l. ſi fideiuſſor, §. ſi neceſC ſaria, ff. qui ſatiſd. cog. vbi textus dicit: *ſi autem ſatiſdatio voluntaria eſt, non in alium locum remittitur, neque enim id meretur, qui ipſe ſibi neceſſitatem ſatiſdationis impoſuit.* Ex quibus verbis infertur: leges nequaquam ſubuenire ei, qui ſe voluntariè coniecit in neceſſitatē. Cum igitur voluntariè quis ſe obligat ad præſtandum fideiuſſorem, non videtur ei ſubueniendum hoc remedio iuratoriæ cautionis; quamuis regulariter concedi ſoleat. Atque ad hoc propoſitum multa ſimilia adferri poſſunt, quibus faciè demonſtratur, non eſſe ſuccurrendum ei, qui voluntariè ſe neceſſitati ſubiecit. Sed vereor, ne parum hęc momenti habeant ad hanc ſententiam confirmandam; nam quod attinet ad textum in d. §. ſi neceſſaria, loquitur, quando fideiuſſio offertur in alio loco: tunc enim diſtinguitur inter voluntariam & neceſſariam ſatiſdationem. Non loquitur ille textus, vbi impoſſibilis eſt ſatiſdactio ac propterea cautio iuratoria offertur, qui eſt caſus noſter. Fateor, non eſſe D audiendum eum, qui vult pręſtare fideiuſſorem alibi, quam in loco conuento; ſed tenetur eum pręſtare in loco conuento; ſi non poſſit, Iuriſc. decidit, non eſſe remittendum ad alium locum. An verò ſit remittendus ad iuratoriam cautionem? nullum verbum in eo textu.

Fundamentum contrariæ ſententiæ ſtat in hac iuris regula; quod ſemper locus ſit cautioni iuratorię, vbi vel impoſſibilitas adeſt, vel magna difficultas fideiuſſorem dandi, lege Omnes, C. de epiſc. & cler. Authent. generaliter, eodem Tit. lege Non facile, ff. ſi cui plus quam per l. Falcid. lege 1. ff. qui ſatiſd. cog. §. ſed hodie, inſtitut. de ſatiſd. latè & pulchrè Franciſc. Bec. conſilio primo, numero 17. Surd. adducens alios deciſ. 41. numero ſeptimo, & iſti omnes ferè dicunt idem eſſe, etiamſi fideiuſſio neceſſaria ſit ex forma ſtatuti, ut per Bec. ibidem num. 18. & Surd. num. 8. Imò procedit etiam in actu iurato, ut per Seraphin. d. priu. 18. num. 53.

Huic posteriori sententiæ calculum adijcio meum: quia impossibilium nulla est obligatio, l. Impossibilium, de reg. iur. & impossibilitas semper excusat, vt per Marsi. in robrica de fideiuss. num. 166. Serafin. vbi sup. num. 3. Surd. vbi sup. num. 9.

Deinde: quia hæc promissio de dando fideiussorem debet intelligi ciuiliter, & secundum regulas iuris communis, vt bene declarat Seraphin. vbi sup. num. 29. & 30. Et consequenter, debet intelligi data possibilitate.

Confirmatur: quia promittens dare fideiussorem, in effectu promittit se facturum & curaturum, quod alius se obligabit pro eo. Ergo excusandus est, si fecit quod potuit, vt fideiussorem inueniret, vt tradunt Doctores maximè Decius in l. impossibilium, de regu. iur. & alij per Seraphinum adducti loco citato, num. 34.

Addo ego vnum; quòd si promittens iste fideiussorem dare vellet agere ex contractu aduersus alterum, qui ob non præstitam fideiussionem pati posset aliquod præiudicium, proculdubio non esset audiendus. Et similiter, si aduersarius damnum sentiret ob non præstitam fideiussionem promissam condemnandus esset ad interesse; quia promittens se facturum & curaturum, tenetur ad interesse, si non adimpleat, l. stipulationes non diuiduntur, versi. Celsus, de verb. obl. l. ita stipulatus, & ibi omnes, ff. eod. Nisi fecerit, quicquid potuerit, ut per Surdum decis. 234. nu. 14.

CAPVT LXIV.

Si Marito vxori suæ legante vsumfructum, si dotes suas non petierit; vel per similia verba conditionem importantia, an finito vsufructu dos exigi possit?

IN hac facti specie inuenio controuersiam esse inter Doctores, quam proponere atque pro uirili mea præcidere operæ pretium duxi. Scribit Bartolus in l. Amplius non petitum, numer. 6. ff. rem rat. hab. mulierem uolentem usumfructum consequi, offerre debere hæredibus mariti liberationem de dote. Ex quo infertur: mentem Bartoli hanc fuisse, ut muliere eligente usumfructum, dotem amitteret. Eandem sententiam in istis terminis, quando scilicet testator conditionaliter locutus est, amplexus est Picus in l. Titia Seio. §. Titia cum nuberet, num. 12. de leg. 2. Et cum hac sententia vñ mihi quoq; transire D. Mantica de coniect. lib. 10. tit. 2 post num. 15. uers. uerum quicquid, nec nõ Sur. de alim. Tit. 6. q. 3. num. 45. uers. concludendum est igitur.

Contrarium docuit Albericus in auth. quod locum, nu. 10. C. de dote caut. non num. & Aug. Aret. in tract. de testam. gl. 47 uers. & dotes suas non petierit. Fundamentum huius posterioris sententiæ consistit in eo; quòd debitor non præsumitur legare creditori suo animo compensandi; quando debitum est uoluntarium, l. creditorem de leg. 2. Et quia textus in l. unica, C. de rei uxor. actio. §. primum itaque, sic ait: *ita vt vxor & à marito relicta recipiat & dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit cum manifestissimum sit testatorem, qui hoc non addidit, voluisse vtrumque consequi.*

Prioris sententiæ fundamentum est; quia hęc uerba: (si dotem non petierit) uel similia conditionem important, quæ proculdubio adimpleri debet, ut legato sit locus, tot. tit. de condit. appos. Ego fateor, conditionem impleri oportere, & conditione deficiente legatum euanescere; sed mihi non constat in proposita facti specie, hanc esse testatoris uoluntatem, dum ait: (si dotem non petierit) ut mulier absolute priuetur sua dote, ita ut eli-

A gendo legatum dotem ampliùs consequi non possit.

Duplex. n. hic interpretatio adhiberi potest, & vtraque non inepta. Prima, quòd testator voluerit vxorem suam consequi vel legatum, vel dotem: non autem vtrumque, ita vt semel petendo legatum, sit exclusa perpetuò à petitione dotis suæ. Hic sensus videtur esse conformis rigori verborum & proprietati. Altera interpretatio est; mulierem excludi à petitione dotis durante vsufructu, ita vt sensus sit: si mulier non petierit dotes suas, vsumfructum consequatur, vt sensus sit, eam non posse vno & eodem tempore consequi legatum, & etiam dotem. Quo stante non excluditur à petitione dotis post finitum vsumfructum.

Cum itaque res dubia sit, & in dubio doti sit fauendum, l. in ambiguis, ff. de iure dot. Hæc interpretatio videtur præferenda alteri. Maximè; quia text. dicit in d. l. vnica, §. Primum itaque, specialem mentionem fieri oportere, vt dos compensetur cum legato: si non

B fiat specialis mentio, lex interpretatur, eam fuisse voluntatem testatoris, vt mulier vtrumque consequeretur, dotem. & legatum vt notat Parisius in consil. 95. num. 10. lib. 2. Hic non video specialem mentionem factam esse, vt dos compensari debeat cum legato vsusfructus: at propterea existimo sententiam Alberici & Aretini longè probabiliorem videri.

CAPVT LXV.

Si maritus vxori legauerit vsumfructum, ita vt dotem consequi non possit si illa dotem non petierit, sed et sponte offeratur à mariti hæredibus an legatum amittat?

CVm hæredes mariti defuncti spontè offerunt vxori dotem suam, & vxor illam accipit, non excluditur à legato, secundum Baldum in l. 1.

C num. 10. C. de legatis, quem secutus est Castrensis in l. Amplius, ff. rem ratam haberi, Rolan. consil. 74. num. 20. lib. 2. Ang. in tract. de testam. gl. 47. vers. & dotes suas non petierit. Fundamentum est in d. l. Amplius, vbi nõ incidit in pœnam stipulationis ampliùs non peti, qui accipit à sponte dante. Et, quia hæres offerendo dotem uidetur remittere conditionem adiectam legato, de non petendo dotem.

Contrarium voluit Bart. in d. l. Amplius, num. 6. Motus, quia vxor non potest utrumq; habere & dotem & legatum; ideò, si uult legatum, tenetur liberationem facere hæredibus de dote.

Ego puto, ueriorem esse Bartoli sententiam, hoc supposito: quòd clara sit mens testatoris, ut legatum compẽsetur cum dote. Moueor: quia hoc in casu proculdubio oxor non potest consequi utrumque, scilicet: dotem & legatum, sed altero tantum debet esse contenta, secundum uoluntatem testatoris, l. unica. §. Primum ita-

D que, C. de rei uxo. actio.

Cùm igitur hæredes offerunt ei dotem, censentur ea offerre, ut mulier eligat dotem, si uelit eam habere potiùs quam legatum: non autem censeri debent dotem offerre animo renunciandi conditioni adiectæ legato, remittendique dictam conditionem, quasi uelint & dotem ei præstare & legatum: quia donatio, remissio, renunciatio non præsumitur iuris proprij, l. cum de indebito, de probatio. Error præsumitur potiùs quam donatio, latissimè Mascardus de probatio. Vol. 1.

Fateor, eam non incidere in pœnam amissionis conclusione legati, si non habuerit animum ipsam dotem retinendi, ut puta, si illam sponte ab hęredibus sibi solutam acceperit per errorem, quia putauerit hæredes uelle utrumque præstare, uel quia dolosè hęredes eam dederint, ut uxor legatum amitteret: sicut Florentiæ decidisse refert Paulus Castrensis in dict. leg. Amplius.

Illud

Illud dico ego, atque contendo: mulierem non poſſe contra teſtatoris voluntatem ſequi ſimul legatum & dotem, quia hoc eſt contra tex. in d. l. Vnica, §. Primum itaque. C. de rei vxo. actio.

Nec obſtat ſpontanea dotis ſolutio, vel oblatio hæredum: quia non propterea cenſentur iuri ſuo renunciare, cum illa interpretatio in dubio ſumenda non ſit, vt quis videatur renuntiare ſuo iuri. Ergo non obſtat illud argumentũ, quod eſt fundatum in hac pręſumpta renuntiatione hæredum.

Non obſtat etiam tex. in dict. l. Amplius, quia fateor, mulierem in pœnam non incidere amiſſionis dotis, ſi dolo vel errore decepta, dotem ſponte oblatam acceperit; ſi modò velit ſeruare teſtatoris voluntatem, vt videlicet dotem & legatum ſimul conſequi nolit; ſed alterum tantum.

CAPVT LXVI.

An hæres grauatus teneatur reſtituere fideicommiſſario fructus inuentos in hæreditate, pecunias, & ſimilia ſi fuerint ab eo conſumpta?

RESpondet Pariſius in conſilio 25. numero 73. libro 2. & post eum D. Decian. conſil. 44. numero 84. lib. 3. Hæredem grauatum non teneri ad reſtituendum fideicommiſſario fructus, qui extabant tempore mortis teſtatoris, nec etiam pecunias, ſi tempore reſtitutionis fideicommiſſi non extent; quia ſcilicet, hæres grauatus hæc omnia conſumpſerit bona fide; non autem doloſè atque in fraudem fideicommiſſi.

Fundamentum eſt: quia pecunia eſt de rebus, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, vt notant Bart. Iaſon & omnes in l. 1. §. fin quæſitum, ff. ad Treb. Fructus autem triennio tantùm præſumuntur conſeruari poſſe, & non vlterius ſecundum gl. in l. 1. Codice ſi aduerſ. vend. cap. Et, quia pater, qui eſt legitimus adminiſtrator bonorum aduentitiorum filij, non tenetur de his rationem reddere, niſi fuerit in dolo, l. cum oportet, §. Non autem, C. de bon. quæ lib. Et quia generalis eſt regula, quod ſi res pereant abſque culpa hæredis grauati, non ſunt reſtituendæ, nec earum æſtimatio, l. deducta, §. ante diem, l. Mulier, §. ſi hæres, ff. ad Treb.

Vt verum fatear, hæc ſententia non videtur ſatis iuri conſentanea: nam, quod dicitur, fructus & pecunias eſſe ex his rebus, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, veriſſimum eſt: nego tamen ſequelam. Nego ſcilicet, ob hanc cauſſam, hæredi grauato permiſſum eſſe, pecuniam expendere fructusq; conſumere. ſuppoſito enim, quòd hæc omnia ſint reſtitutioni obnoxia, videtur mihi, hæc omnia deſcribenda eſſe, annotandaque, non autem conſumenda; vt ſcilicet, eueniente caſu fideicommiſſi reſtituantur fideicommiſſario. Et ſiquidem pecuniæ ſunt, dico eas perire non poſſe: quoniam recipiunt functionem in genere ſuo: ac proindè, ſi grauatus eas expendat, tenetur fideicommiſſario alterum tantum reſtituere. Fructus autem ſiquidem pereunt, ſua natura liberatur hæres grauatus: ſi verò non pereunt, quia fortè hæres grauatus eos conſumpſit, aut diſtrahere potuit; non puto eum liberari.

Quod verò de patre legitimo adminiſtratore dicitur, ſingulari quodam iure conſtitutum eſt, vt habetur in d. l. cum oportet, §. Non autem, & ideò non eſt trahendum ad conſequentiam, l. quod verò, ff. de legib.

Denique, iura in vltimo argumento relata, nihil aliud probant; niſi hæredem grauatum liberari, ſi res reſtitutioni ſuppoſitæ abſque facto & culpa ipſius perierint. Sed dico, in propoſita quæſtione factum & culpam hæredis interuenire; quia hæc, vel conſumpſit, vel non diſtraxit, prout facere poterat. Atq; ita rectè videntur mihi docuiſſe Ripa in l. Centurio, num. 40. ff. de vulg. Fulg. in conſ. 41. in 6. dub. Peregr. de fideic. art. 10. num. 34.

CAPVT LXVII.

Fructus percepti hæreditate iacente an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi, quando hæres grauatus ſponte adiuit hæreditatem?

HÆres fuit grauatus hæreditatem reſtituere. Antequam adiret hæreditatem, fructus ex rebus hæreditarijs ſunt percepti. Poſteà hæreditatem adiuit ſponte, & nullam moram commiſit in reſtituenda hæreditate, quęſitum eſt; an fructus, hæreditate iacente collecti, pertineant ad fideicommiſſarium? Reſpondit Bart. in l. ita tamen, §. 1. ff. ad Trebel. non pertinere ad fideicommiſſarium; ſed ad hæredem grauatum. Et idem ſenſiſſe videtur ibi gl. in verb. aditam, quatenus illum textum intellexit in hærede, qui coactus adiuit, & reſtituit. In eandem ſententiam propenſior eſſe videtur Cynus in l. iubemus, C. ad Trebell.

In contrarium ſe habet communis Doctorum ſententia, vt videre licet ex Alex. Caſt. & alijs DD. in d. l. ita tamen, §. 1. & teſtatur, hanc eſſe magis communem, Alex. in l. Centurio, num. 40. de vulg. & pup. Ripa in l. in fideicommiſſaria, nu. 9. 2. ad Treb. Peregr. de fideic. art. 49. num. 2.

Fundamentum huius communioris ſententiæ in hoc conſiſtere mihi videtur; quia fructus ex bonis hæreditarijs augent hæreditatem, l. item veniunt, §. fructus, ff. de pet. hæred. Et quod ante aditam hæreditatem acquiritur, hæreditati adijcitur, l. quod ſeruus, de legat. 2. Hæreditas autem iacens ſuſtinet perſonam defuncti; non autem hæredis, l. in eo, & l. ſeq. de acq. rer. dom. Quamobrem eſt perindè, ac ſi fructus iſti connumerarentur inter bona hæreditaria, adeò, vt pars hæreditatis videantur eſſe. Cum igitur hæreditas veniat in reſtitutione fideicommiſſi: meritò videntur venire etiam fructus iſti, tanquam pars iſtius hæreditatis.

Hoc fundamentum videtur mihi non ita firmum: quia quod dicitur, fructus augere hæreditatem, verum eſt, quando agitur de petenda ipſa hæreditate iure directo. Cùm autem iure fideicommiſſi reſtituenda eſt hæreditas; non dicuntur augere hæreditatem fructus percepti. Vlpianus in l. in fideicommiſſaria, ad Trebell. ſic dicens: *Fructus autem non hæreditati ſed ipſis rebus accepto feruntur*. Et ideò in fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione fructus non veniunt, niſi mora facta ſit, vt habetur in d. l. in fideicommiſſaria, & in l. mulier, § ſi hæres, ff. eod. tit.

Rectè igitur ſententia Bartoli defendi poſſe videtur: quia ante aditam hæreditatem, non poteſt dici, hæredem eſſe in mora. Ergo fructus non tenetur reſtituere fideicommiſſario. Etſi enim hæreditas iacens repræſentet perſonam defuncti; tamen adita hæreditate quandocunque lex fingit hęredem ex die mortis ſucceſſiſſe defuncto, l. Hæres quandocunque, ff. de acq. hæred. Quæ quidem fictio aliquid operari debet: Hoc videlicet, vt ex die mortis commoda & incommoda ad hæredem poſtea adeuntem pertinere intelligantur. Nec præiudicat hæc fictio cuiquam: nam, ſi hæres à principio adiuiſſet hæreditatem ex die mortis, nec ullã moram commiſiſſet in ea reſtituenda, procul dubio fructus reſtituere fideicommiſſario nõ fuiſſet obligatus. Ergo idẽ dicẽdũ eſt, eo poſteà adeunte hęreditatẽ. Alia ſo

est hæredis, qui coactè adiuit: iste enim fructus perceptos iacente hæreditate fideicommissario restituere tenetur, vt docet text. in d. l. ita tamen, §. 1. ff. ad Trebell. Meritò: quia videtur fuisse in aliqua mora non adeundo spontè hæreditatem; sed coactè: nam, si adiuisset, potuisset eam statim fideicommissario restituere, qui fructus acquisiuisset.

CAPVT LXVIII.

Fructus rei legatæ, ante aditam hæreditatem percepti, an pertineant ad legatarium, vel ad hæredem?

SI fructus fuerint percepti ex rebus hæreditatis, ante aditam hæreditatem (nulla tamen commissa mora ab hærede in adeundo) controuersia est, an pertineant ad legatarium, an verò ad hæredem? in qua ego puto pertinere ad legatarium; quia rei legatæ dominium rectà via, mortuo testatore, transit in legatarium, l. a Titio, ff. de furtis, l. legatum, l. cum pater, §. Sordo, de leg. 2. Ergo fructus pertinent ad legatarium; quoniam fructus pertinent ad dominium ipsius rei, l. 1. & 2. C. de pign. actio. l. ex diuerso, §. 1. & l. solum, §. meũ, de rei vindic.

Confirmatur hæc sententia ea eo, quod scribit Iurisconf. in l. apud Iulianum, §. 1. de legat. 1. ibi: *Et si seruus fuerit legatus & vel hæreditas, vel legatum vel aliud per eũ acquisitum sit hæres præstare debet.* Videtur enim Iurisc. innuere, acquiri hæc hæreditati: verumtamen hæredem posteà teneri restituere legatario. Clariùs id Iurisconf. innuit in lege Huic scripturæ, ff. ad leg. Aquil. in illis verbis: *Quod si vulneratus sit, ante aditam hæreditatem, in hæreditate quidem actio remansit;* sed cedere eam legatario hæredem oportet. Et ratio id suadet: quia si seruus legatus committat furtum ante aditam hæreditatem, ipse legatarius conueniri potest, vt inquit textus in d. l. à Titio. ff. de furt. & in l. si seruus legatus, ff. de noxal. Ergo iustum est, vt si quid seruus acquirat ante aditam hæreditatem, id acquirat ipsi legatario. Eadem ratio militat in alijs rebus: quia fundamentum stat in dominio, quod est penes legatarium, mortuo testatore. Atque ita docuit glos. in l. quod seruus, de leg. 2. Bar. & Ang. in l. seruo legato, de leg. 1. & ibi etiam Castr.

Contrariam sententiam habuerunt gl. Petr. Cyn. Bald. Salyc. in l. vlt. C. de vsur. & fruct. leg. Alex. & Ias. in l. si tibi homo, §. cum seruus, de legat. 1. & multi alij, quos commemorat Pereg. de fideic. art. 49. n. 14. vbi dicit: hanc esse communiorem sententiam, D. Cephal. conf. 49. n. 9. alios adducit Ricciard. in §. sed olim, n. 29. inst. de legatis.

Primum argumentum est in lege Nihil, §. fructus, de legat. 1. Nihil est; quia tex. ita dicit: *Fructus ex fundo pure legato post aditam hæreditatem à legatario percepti ad ipsum pertinere*: quis negat hoc? Nam fateor, fructus pertinere ad legatarium post aditam hæreditatem. Ergo non pertinent ante aditam hæreditatem, nego. Non obstat glossa in d. §. fructus. dum ait: *Ante secus* id est, quod legatarius non acquirat fructus ante aditam hæreditatem; quia hoc debet intelligi, vt non acquirat immediatè & directè: quoniam huiusmodi fructus acquiruntur hæreditati, sed hæres tenetur eos præstare legatario, sicuti explicat glossa in d. l. quod seruus, de legat. 2.

Secundum argumentum est: quia dominium rei legatæ non est translatum in legatarium à die mortis testatoris verè; sed tantummodo fictè, vt probatur, in lege si tibi homo, §. cum seruus, de legat. 1. Respondeo, ex doctrina Bartol. in l. et qui ita, ff. de condit. instit. acquiri dominium legatario trib. modis. Primò fictè, ex die mortis testatoris. Secundo verè, ex die aditæ hæ-

A reditatis sed reuocabiliter. Tertiò verè & irreuocabiliter, ea die, quo legatarius legatum agnouit & acceptauit. Sufficit autem nobis, quæsitum esse dominium fictè à morte testatoris: quia si fictione legis dominus esse intelligitur ipse legatarius: ergo consequi debet fructus, alioqui ista fictio nihil operaretur; cum tamen multum operetur; imò tantum operetur quantum veritas, siquidem delictum serui, siue noxa eius, ante aditam hæreditatem, nocet legatario. Quod signum est, legatarium esse dominum: Ergo tanquam dominus fructus etiam consequi debet.

Tertium argumentum sumitur ex l. quod seruus, de leg. 2. vbi fructus ante aditam hæreditatem acquiruntur hæreditati: quia interim dominium est penes hæreditatem iacentem, l. 1. §. Scæuola cum gl. ff. si test. lib. esse iuss. fuer. Respondeo hoc esse verissimum: quia acquiruntur hæreditati & eam augent fructus percepti, iacente hæreditate, l. item veniunt, §. fructus, ff. de pet. hæ-
B red. sed dico: nihil ad legatarium pertinere: quia adita hæreditate & legato agnito & acceptato, lex fingit ipsum legatarium dominium habuisse ex die mortis testatoris. Et hoc est, quod dicit gl. in d. l. quod seruus, fructus acquiri hæreditati: sed hæredem teneri postea restituere legatario. Cætera argumenta prætermitto, quia leuiora sunt, quam vt confutatione indigeant.

CAPVT LXIX.

Vtrùm liberi primi gradus fideicommisso grauati, teneantur supplere fideicommissum ex fructibus perceptis vltra quartam Trebellianicam?

C ITa iure constitutum est circa fructus rerum fideicommissariæ restitutioni subiectarum, quos hæres grauatus percepit, vt eos imputare debeat in quartam Trebellianicam, l. in fideicommissaria, ff. ad Trebell. Item constitutum est, vt ante moram restitutioni factam eos lucretur, & suos faciat, vt habetur in eadem lege & alibi. Cæterum, si contingat, res hæreditarias restitutioni obnoxias diminui; eas supplere tenetur hæres grauatus ex fructib. quos vltra quartam percepit, l. scribit Celsus, ff. ad Treb. l. mulier, §. cum proponeretur, l. ita tamen §. Hæres ex asse, ff. eod. tit. In liberis autem primi gradus constitutum est vt fructus in quartã non imputentur, etiam testatore iubente, l. iubemus, C. ad Trebel. Sed nihil reperitur constitutum in fauorem ipsorum filiorum, circa suppletionem supradictam, faciendam ex fructib. perceptis vltra quartam, vt videlicet liberi primi gradus non teneantur supplere fideicommissum, diminutum ea huiusmodi fructib. vltra
D quartam perceptis. Ergo standum erit antiquæ regulæ, quæ mandat suppletionem fieri, cùm in liberis primi gradus neqoaquam immutata esse videatur. Atq. ita rectè docent Cumanus in l. in fideicommissaria, ff. ad Treb. Imol. in l. Postulante, §. sed in huiusmodi, ff. eod. Ripa alios adducens in d. l. in fideicommissaria, nu. 34. Castr. & Alex. in d. §. sed in huiusmodi.

Contrarium docet Bartol. in l. Balista, ff. eod. titul. & ibid. Angel. Alex. in leg. in fideicommissaria, col. 3. circa princip. Angel. consil. 131. Et fundamentum est Primò in d. l. Postulante, §. sed & in huiusmodi, in illis verbis. *Sed quia non vis hæres fideicommissum, vt sic dixerim, suppleat postules; sed quatenus nunc est hæreditas desideret sibi restitui nequaquam id debet hæres recusare.* Existimauit .n. Bartol. ex his verbis inferri à contrario sensu; quod si fideicommissarius voluisset, vt hæres grauatus, in facti specie ibi proposita, suppleret fideicommissum ex fructibus perceptis vltra quartam, non potuisset id obtinere: quoniam filia erat hæres

gra-

grauata. Secundò ex l. iubemus, C. ad Trebel. vbi liberi primi gradus non tenentur imputare fructus in Trebellianicam.

Quod attinet ad hoc vltimum d. l. iubemus, nihil ad rem mihi facere videtur: quia hic non agitur de fructibus in Trebellianicam imputandis: sed de re longè diuersa, videlicet, de supplendo fideicommisso ex fructibus. Poterit igitur filius primi gradus quartam suam detrahere ex ipsa substantia hæreditatis: nec tenebitur imputare in eam fructus perceptos; vtrum autem fructus perceptos computare debeat ad supplendum fideicommissum diminutum, nihil dicitur in illo textu. Nec licet ex eo ad alios casus argumentari: quoniam auctor illius legis in fine expressè prohibet, ad alias personas, aliosve casus illam constitutionem extendi.

Maior difficultas videtur esse circa primum argumentum, desumptum ex verbis recitatis: sed, si rectè omnia considerentur, liquido apparebit, nihil ad rem facere. Sententia enim Iurisconsulti hæc est: Pensiones non exactas ab hærede grauato debitasque ex contractu defuncti, pertinere ad fideicommissarium. Ratio dubitandi erat; quia fructus percepti ab hærede non pertinent ad fideicommissarium, vbi mora hæredis grauati non intercessit. Cum igitur pensiones loco fructuum haberentur, nec vlla mora hæredis grauati interuenisset, videbatur dicendum; pensiones supradictas non pertinere ad fideicommissarium. Ista ratio dubitandi continetur illis verbis: *Sanè pro fructu rei, quæ hæreditate continetur hæc cedunt, nec fructus fideicommissarium sequitur, si mora non intercessit.*

Contrarium, deciditur, videlicet, pensiones non exactas ad fideicommissarium pertinere. Ratio decidendi est: quia fideicommissarius debet consequi hæreditatem in eo statu, in quo reperitur tempore mortis testatoris, & consequenter debet eam habere cum actionibus competentibus ad pensiones non exactas: nam hæres grauatus eas non exegit, & sic eas non percepit. Si percepisset eas hæres grauatus, tunc fideicommissarius non posset illas obtinere, nisi vel mora hæredis grauati intercessisset, vel supplendum esset fideicommissum ex fructibus: sed mora ibi non interuenerat nec vlla diminutio. Meritò; si pensiones fuissent iam perceptæ per hæredem, ad fideicommissarium non pertinuissent, nec potuisset eas petere. Sed, quia non erant exactæ, nec perceptæ: & competebat actio ad eas petendas, quia erant maturæ. Meritò fuit decisum, ad fideicommissarium pertinere. Ista ratio decidendi continetur in illis verbis: *Sed quia non vt hæres fideicommissum, vt sic dixerint suppleat, postulet: sed qualis nunc est hæreditas, desideret sibi restitui, nequaquam id debet hæres recusare.* Atque ita mihi videtur intelligendus ille textus, prout intellexit etiam Paulus Castrens. ibi sub num. 2. & alij Doctores superius citati. Ex quibus quæstio hæc controuersa videtur mihi satis clarè decisa, licet cogitandum dixerit Peregrin. de fideicom. art. 49. num. 36.

CAPVT LXX.

Filio hærede instituto, & grauato per fideicommissum etiam in legitima, an teneatur restituere fructus, æquiualentes legitimæ, perceptos ab eo ex hæreditate vltra suam legitimam, & eius fructus.

Hic est casus. Pater instituit hæredem vniuersalem filium suum eumque grauauit onere fideicommissi in vniuersa hæreditate compre-

A hensa etiam legitima ipsius filij tacitè vel expressè. Filius ex hæreditate fructus percepit tot ac tantos, qui æquiualent ipsius legitimæ, vtrùm teneatur restituere tot fructus, quot æquiualent ipsi legitimæ, detractis semper fructibus particularibus ipsius legitimæ; adeò vt legitima filij in corporibus hæreditarijs, & fructus legitimæ sint excipiendi de fideicommisso: alij vero fructus percepti ex cæteris bonis, æstimandi sint, & ex eis conficienda sit æstimatio legitimæ ea, quæ fideicommissario restituenda sit, vel fructus ipsi fortè extantes, vsque ad æstimationem legitimæ. Respondit Cuman. in consil. 25. & cons. 52. & in l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. in proposita facti specie restituendam esse legitimam fideicommissario ex fructibus perceptis, & Cumanum secutus est Natta in consil. 321. numero quinto, Curt. ion. consil. 120. num. 16. D. Cæphal. consil. 153. nume. 91. Surd. alios adducens decis. 21. num. 20.

B Contrarium voluit Alex. in l. in fideicommissaria, num. 8 & ibid. Ripa num. 41. ff. ad Treb. Socin. sen. consil. 82. col. pen. lib 4. Rimin. iun. cons. 50. num. 89. alios adducit Peregrin. de fideicommiss. artic. 49. sub numero 42

Fundamentum prioris sententiæ consistit in doctrina glossæ in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, in versic. tenebuntur, ff. de vulg. vbi glossa dicit: hæredem institutum grauari posse in proprijs suis bonis; quando ex fructibus hæreditatis percipit tantum commodum, quod æquiualeat oneri fideicommissi, adducens textum in lege filiusfamilias. §. apud Marcellum, de legatis 1.

Fundamentum autem alterius sententiæ triplex esse videtur. Primum: quia filius debet habere legitimam in proprietate, & vsufructu, §. prohibemus, in auth. de triente, & semisse. Secundum; quia omne C onus & grauamen de legitima reijcitur, & pro non scripto habetur, leg. quoniam in prioribus, C. de inof. testam. Tertium; quia legitima censetur statim acquisita in corporibus hæreditatis, d. leg. quoniam in prioribus. & l. scimus, §. repletionem, C. eod. tit. debitum autem exactum non recipit compensationem, vt notant Bald. & Salycet. in l. scimus, num. 5. C. de inoff. testam.

Istis nil morantibus, ego amplector priorem sententiam. Motus eodem fundamento, quo ipsa nititur: quia non est dubium, quod si pater ita disposuisset in testamento, vt filius iure institutionis legitimam suam haberet; & fructus legitimę, & reliqua bona vnà cum fructibus alteri restituere, valuisset huiusmodi dispositio, cum pater instituto filio in legitima possit de reliquis bonis ad libitum disponere, l. cum quęritur, l. patentib. C. de inofficio. testam. §. cęterum, in auth. vt cum de app. cogn. ergo simili mo- D do potuisset disponere, vt, si filius percepisset fructus aliquos vltra suam legitimam, & vltra fructus suę legitimę, vt eos restituere fideicommissario omnes: si omnes, ergo etiam mandare potuit tot fructus restitui, quot conficiunt legitimam. Et licet testator hęc non expresserit tamen facienda est interpretatio, vt testatoris dispositio sustineatur, eo meliori modo, quo fieri possit, iuxta regulam: si non valet quod ago vt ago, valeat vt valere potest, l. 1. §. si quis ita, & ibi notant, DD. maximè Alciat. de verb. oblig. Prętertim, cum semper in testamentis adijci soleat clausula, (vt valeant omni meliori modo) & confert reg. lege quoties, de rebus dubijs.

Ad primum argumentum respondeo: nil obstare, quia filius pręsupponitur habere suam legitimam, & fructus legitimę liberos & immunes ab omni onere, & fideicommisso.

Ad secundum respondeo: grauamen, de quo agitur, non attingere legitimam reuera: sed verbis tantum.

tum. Nam dicimus, filium non intelligi grauatum hoc in casu in sua legitima; sed in fructibus quos vltra legitimam percepit.

Ad tertium respondeo: quod dicitur, debitum exactum non compensari; hunc habere sensum, vt postquam id, quod debetur, exactum est à debitore non possit amplius tractari de compensatione. Quoniam compensatio est debiti, & crediti simul facta contributio: at postquam debitum est iam solutum, dicitur esse extinctum: & ideo non potest venire in aliquam compensationem. At in casu nostro non agitur de compensatione: sed agitur de supplendo fideicommisso in legitima filij constituto, ex fructibus perceptis à filio ex vniuersa hæreditate. Quod cum compensatione nil certè commune habet; multo minus cum debito iam exacto: quia respectu fideicommissarij hoc debitum non potest dici exactum: fideicommissarius autem est loco creditoris, & alius loco debitoris, vt patet.

CAPVT LXXI.

An filius possit grauari à patre ad fructuum restitutionem vltra legitimam?

QVamuis pater disponere non possit, vt fructus in legitimam imputentur filio grauato per fideicommissum, l. iubemus, C. ad Trebell. Potest tamen habere, vt fructus ipsi restituantur qui vltra legitimam percipiuntur, ut notat Ang. in l. Balista, ff. ad Treb. & ibi etiam Imola in vlt. col. & Alex. num. 3. Cuman. cons. 25. num. 3. Ripa in l. in fideicommissaria num. 33. ff. ad Treb. vbi dicit, se vidisse maximum aduocatum in hoc errare Did. in c. Raynutius, §. 11. num. 4. in fin. de testam. Surd. decis. 21. num. 10.

Contrarium voluit D. Ceph. cons. 777. & Rim. iun. cons. 510. nu. 65. qui loquuntur, eo in casu, quo pater volebat grauare filium in legitima.

Fundamentum posterioris sententiæ est: quia hoc modo filius posset grauari legitima, quod esset absurdum, & contra l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. Et, quia fructus imputari non possunt in legitimam, d. l. iubemus, C. ad Treb. ergo multo minus poterit grauari filius ad eorum restitutionem: quia facilius aliquid imputari potest in quartam, quam restitui, l. in fideicommissario ad Treb. Bar. in l. quo hæredi, §. primo, de cond. & dem.

Istis non obstantibus, ego puto: priorem sententiam esse verissimam, si rectè intelligatur, videlicet, quod filius debeat habere suam legitimam in corporibus hæreditarijs, & fructus quoque legitimæ, quibus fraudari non potest, §. prohibemus, in auth. de trien. & semiss. Nam de cæteris bonis pater ad libitum disponere potest. Ergo potest iubere filio, vt fructus restituat vltra legitimam suam. Et magna est differentia inter imputationem fructuum in legitimam, & restitutionem fructuum: quia, si filius imputare deberet fructus in legitimam, tunc haberet legitimam in ipsis fructibus: non autem in corporibus hæreditarij, contra textum in l. scimus, C. de inoff. testam. Cum igitur diuersa sit ratio inter ista, ex vno non licet ad alterum inferre, quicquid sit in alijs casibus, in quibus nulla est ratio differentiæ inter imputationem, & restitutionem. Nec video vllam fraudem fieri legitimæ: quia iam supponimus, filium habere suam legitimam integram in corporibus hæreditarij, & fructus quoque ipsius legitimæ. Et, licet fructus pertineat ad hæredem grauatum ante moram, l. in fideicommissaria, ad Trebell. tamen secus est, quando testator mandat restitui etiam fructus, d. l. in fideicommissaria, & l. Balista, in fine eod. tit. cum alijs à Surdo citatis d. decis. 21. num. 9.

CAPVT LXXII.

Fructus an imputentur in legitimam parentibus debitam, quando parentes sunt grauati restituere hæreditatem?

COnstat inter omnes, atque indubitatum est: fructus non imputari in legitimam filiorum, qui onere fideicommissi à parentibus grauantur, controuersia est; an idem sit dicendum, vbi parentes sunt grauati? Et idem respondendum esse, multi apertè censuerunt. Bald. in l. Papinianus, §. vnde si quis, de inoff. testam. Corn. consi. 176. lib. 3. Soc. iun. consi. 64. lib. 2. alios adducit Anton. Gabr. in tit. ad Trebell. conclus. 12. nu. 6.

Non idem esse, communior sententia, quam ego veriorem esse iudico, docet, Alex. in l. in fideicommissaria, nu. 9. & ibi Ripa nu. 43. Roland. à Valle cons. 39. in 3. dub. lib. 3. D. Cephal. consil. 398. nu. 5. alios adducit Gabriel. vbi supra, num. 6. & Peregr. de fideic. art. 49. num. 43.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia legitima ita debetur parentibus sicut filijs, lege nam etsi parentibus, de inoff. testam. & debet eis relinqui titulo institutionis, sicut filijs, vt per Peregr. vbi suprà, numer. 98. & dicitur esse æqua sicut legitima filiorum, vt per eundem numero 41. & vt aliàs à nobis disputatum est.

Sed, quod magis vrgere videtur, legitima parentum nullum recipit grauamen: sed debetur statim vna cum fructibus, prout filijs, l. quoniam in prioribus, l. omnimodo, l. scimus, C. de inoff. testam. Ergo non potest recipere hanc imputationem fructuum, cùm ipsa legitima intelligatur esse exacta de bonis defuncti.

Istis nil morantibus, amplector contrariam sententiam. Motus: quia fructus in legitimam imputantur, vt est textus in l. Papinianus, §. vnde si quis, ff. de inoff. testam. Hæc autem regula non habet locum in filijs primi gradus, ex constitutione Zenonis, in d. l. iubemus, C. ad Trebell. Cum igitur quæstio non sit de filijs: sed de parentibus; nec vlla lex, vel constitutio reperiatur, quæ idem statuat in legitima parentum, quod de legitima filiorum constitutum est, non potest idem statui in legitima parentum, nisi per extensionem, d. l. iubemus, loquentis de legitima filiorum; vt scilicet, illa porrigatur etiam ad legitimam parentum. Sed hęc extensio fieri non potest. Primò: quia secundum communes conclusiones non potest fieri extensio in correctorijs, ex identitate, & maioritate rationis; vt notat Iason post alios in authen. quas actiones, C. de sacrosan. Eccles. Secundò extensio fieri non potest. quoniam illa expressè prohibita est in d. l. iubemus, in fine his verbis: *Non vlterius quam in his personis & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci.* Cùm itaq; lex prohibeat extensionem ad alias personas; non video, quo pacto extendi possit ad personas parentum.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: fateor, legitimam parentum, & filiorum æquiparari: excepta tamen imputatione fructuum: quia respectu imputationis fructuum nego istam. Rationem hanc affero: quia lex noua prohibet fructus imputari in legitimam filiorum, corrigens antiquas leges; sed non prohibet imputari in legitimam parentum: ergo antiquæ leges manent incorrectæ respectu legitimæ

legitimæ parentum. Maximè; quia lex noua exci- A piens ab hac imputatione legitimam filiorum, & prohibens extensionem fieri ad alias personas, confirmare videtur antiquas leges, respectu aliarum personarum.

Non obstat textus in d.l. quoniam in prioribus, cum alijs legibus citatis. Quia, fateor legitimam deberi absque onere, fateor suppletionem fieri ipso iure; sed non rectè infertur, fructus non esse imputandos, alioquin opus non fuisset constitutione Zenonis in fauorem filiorum edita, in d. l. iubemus. Opus autem fuit; quia stabat antiqua regula iuris, vt fructus imputarentur. Quare dicendum est; hanc regulam non fuisse sublatam, ex d.l. quoniam in prioribus, & ex alijs legibus sequentibus. Et sic concludo, sententiam communiorem, quæ negat circa imputationem fructuum in legitimam, idem esse in parentibus, quod in filijs constitutum, probabiliorem videri.

CAPVT LXXIII.

An perempta instantia perimatur effectus malæ fidei ad effectum, vt possessor non teneatur fructus restituere?

SI D. Augustinus tanta præditus, & sanctitate, & doctrina, tantoque ingenij acumine seipsum corrigere voluit, ideoque libros Retractationum scripsit, cur erubescam ego sententiam mutare? satius enim est seipsum corrigere, quam spectare, vt ab alijs corrigatur, vt dixit Iustinianus Imperator, in nou. de ijs qui nopt. iter. §. vetustas planè, & nou. vt fratr. fil. succed. in princ. constit. 127. Scripsi libro primo controuerſ. cap. 60. etiam perempta instantia effectum hunc durare, vt possessor dicatur esse malæ fidei, & proinde sit condemnandus ad fructuum restitutionem, secutusque fui Bartoli sententiam, cum multorum aliorum, quos ibi commemoraui. Cæterum, C cum casus ex facto incidisset, tota hac re diligentissimè perpensa, in contrarium sententiam deueni, quam secuta fuit glo. in l. 2. C. de fruct. & lit. expens. & ibidem Salycet. latè disputans, Tiraq. de retract. consil. §. 15. glos. 2. numero 18. & 19. ad quem se videtur referre Peregrin. de fideicommiſ. artic. 49. numero 159. præter Ripam & alios, quos adducit d. c. 60.

Fundamentum est firmissimum; quia fructus veniunt ex officio iudicis mercenario deseruiente actioni intentatæ, l. 4. §. post litem contestatam, ff. fin. regund. sed hoc officium iudicis expirat perempta instantia, l. 4. ff. depoſ. oportet ergo fructus deberi ex noua litis contestatione in alia instantia, quod est argumentum Salyceti in d.l. C. de fruct. & lit. expens. & D Ripa in l. 2. nu. 28. C. de eden. cui certè argumento responderi non potest.

Non obstat fundamentum Bartoli, quod effectus inductos per litis contestationem sit tam consummatus, & perfectus; vt videlicet, possessor constitutus fuerit in mala fide: quia hoc certè negari potest, siquidem ex litis contestatione sola oritur occasio perueniendi ad notitiam, rem esse alienam. Sed plena notitia demum per sententiam inducitur condemnatoriam, ex qua notitia producitur mala fides, quæ trahitur retrò ad tempus litis contestatæ. Sed perempta instantia, sententia proferri non potest: quoniam omnia acta pereunt, l. properandum, C. de iudic. Ergo noua instantia necessaria est, & noua litis contestatio, per quam postea peruenitur ad sententiam condemnatoriam; quæ non potest trahi ad priorem instantiam, & ad tempus litis contestatæ in prima instantia.

A Non obstat tex. in l. 1. C. de præscr. long. temp. per quem potissimè motus fui, quatenus ibi probatur, præscriptionem non currere, etiamsi post peremptam instantiam adsit longi temporis possessio. Quoniam ratio est, (vt dicebat Salycetus) non quod mala fides impediat præscriptionem, sed quia interruptio semel facta per litis contestationem in maius tempus actionem perpetuauit; nec aliquam sententiam expectabat, ita Salycet. in d.l. 2. prope nu. 9. Vel, quia, vt dicebat Ripa in d.l. 2. nu. 28. C. de eden. per litis contestationem remouetur negligentia, in cuius odium currebat præscriptio.

Itaque ex his mutaui sententiam. Et cum incidisset quæstio ex facto, vbi actor post litem motam per longum tempus non fuerat eam prosecutus (licet perempta non posset dici instantia; quia debebat attendi ius Canonicum, quo inspecto non perit instantia) dixi negligentiam tanti temporis operari, vt lis B habeatur pro derelicta, vt cesset vitium litigiosi; & effectus etiam attentatorum; & proinde cessare etiam debere effectum hunc malæ fidei. Quia possessor iustè, & probabiliter existimare potuit, actorem nullum ius habere ex tanti temporis negligentia, quasi actor de iuribus suis confisus non fuerit; quia nemo præsumitur iactare suum; & adduxi Cassador. tit. vt lit. pend. decisio. 3. Lancellot. de attentat. tit. de atten. lit. pendent. limitat. 6. & Vestr. in praxi libro 8. cap. 4. numero 25.

CAPVT LXXIV.

De fundo dotali aliqua scitu digna.

C EX facto quærebatur; quidam dotem filiæ suæ constituerat mille, & ducentorum aureorum, & partem dictæ dotis in pecunia numerata soluerat; pro reliqua verò parte conuentum inter ipsos fuerat, vt consignaretur domus valoris summæ superstitis, quæ erat sexcentorum, & quinquaginta aureorum, quæ quidem consignata fuit, & tradita; & super qua constitutus fuit fundus dotalis; quærebatur modo, an eueniente casu restitutionis dotis, soluto matrimonio, maritus restituere deberet dictam domum, an verò eius æstimationem, videlicet aureos sexcentos, & quinquaginta. Et fuit conclusum dictum maritum teneri restituere pecuniam, & quantitatem supradictam; non autem domum.

Primo: quia dos constituta fuerat in pecunia, & quantitate. At quoties dos est promissa in certa quantitate, tunc si detur aliqua res immobilis marito, vt dictæ promissioni satisfiat, dos ista dicitur esse in quantitate; non autem in illa re immobili, & ideo D soluto matrimonio, non est restituenda res immobilis; sed æstimatio, etiamsi (quod est fortius) in instrumento dotali dictum fuerit, vt dos restitueretur, sicut fuit habita, & recepta. Ita in terminis consuluit Corneus in consil. 15. per tot. libro secundo Rub. Alex. consilio 5. nume. 6 Soc. senior. consilio 69. numer. 15. lib. 4. Soci. iunior consilio 141. numero quarto & septimo libro primo Dida. pract. quæstione c. 28. colum. 3. versic. secundo appatet.

Secundò: quia promissio facta fuerat de restituenda dicta dote in omnem casum, & euentum dotis restituendæ. Cum itaque dicta dos in certa quantitate constituta esset, videlicet 1200. aureorum, & ipse promiserit dictam dotem restituere, sequitur dicendum, ipsum promisisse restituere dictam quantitatem, & pecuniam: non autem bona immobilia, Bald. in l. quoties, ad fin. C. de iure dot. Socin. senior. consi. 56. in septimo casu libro 1. Alex. consil. 79. in 3. dub. lib. 5. Bec. consil. 42. num. 10. Natta consil. 650. sub num. 4. & 5.

& 5. Rolan. à Valle consil. 92. num. 15. lib. 2. Rim. iun. in instit. quibus alien. lic. vel non, in prin. n. 99. A

Tertiò: quia dicta bona immobilia æstimata pretio dictorum scutorum 650. & ita æstimata tradita fuerunt. At quoties prædium æstimatum traditur, censetur venditum: breui enim manu fingitur mari tum pecunias recepisse, & illas pro emptione prædij restituisse, glossa in l. inter virum, C. de iure dot. Ias. in l. ex conuentione, num. 1. C. de pactis, Alex. num. 56. col. 2. lib. 6. Paris. consil. 81. nume. 10. lib. 3. Rub. Alexand. consil. 5. num. 2. Bero. consil. 63. num. 5. lib. 3. Non. consil. 52. numero 10. Socin. sen. consil. 69. num. 15. lib. 4. Socin. iun. consil. 118. num. 10. lib. 1. Didac. Couar. pract. quæst. c. 28. num 4. Rol. a Valle consil. 92. num. 9. lib. 2. Bec. in consil. 42. in princip. Boer. decis. 347. num. 11. Simon de Præt. consil. 111. nume. 19. Et licet æstimatio rei, quæ in dotem datur, duplici ex caussa fieri soleat. Vna, vt sciri possit; an res deterior sit effecta, & id cedat periculo viri, & teneatur vir in eadem qualitate reddere. Altera in hoc, vt faciat emptionem, & non res ipsa; sed æstimatio restituenda sit. B Regulariter tamen, & in dubio æstimatio facit emptionem, secundum communem opinionem Doctorum, de qua post alios testatur Becius, d. consil 42. num. 1. Menoch. lib. 3. præsump. 74. num. 3. Hipp. Rimin. instit. quib. alie. lic. in prin. num. 71. vbi alios adducit.

Quartò: quia dicta domus, & alia fuerant data, & consignata marito in solutum, & pro satisfactione dicti residui dotis, videlicet scutorum 650. quæ quidem assignatio, & datio in solutum venditionem importat, & constituit, l. si prædium, C. de euictio. Natta consilio 650. num. 3. Bec. consil. 91. num. 5. D. Cæph. d. consi. 351. num. 13. Soc. iun. consi. 118. num. 9. lib. 1. Tob. Non. consil. 52. num. 9. Bero. consil. 63. num. 5. lib. 3. Corn. consil. 92. col. 3. lib. 4. & consilio 170. eod. lib. Simon de Præt. consil. 148. in fin.

Quintò: quia fuerat promissa dicto marito à genero defensio generalis dictæ domus, & de euictione cum pactis vtilibus in forma plenissima: quo stante, C dictus maritus ad restitutionem pecuniæ tenetur; non autem bonorum: quia si soluto matrimonio dictus maritus restituere deberet dicta bona, nihil erat, cur ea reciperet cum promissione defensionis, & euictionis in plenissima forma, Corn. consil. 172. col. 2. vers. tamen his, & col. 4. vers. idcirco, lib. 1. Bec. d. consil. 42. num. 7. Natta consil. 650. num. 2. vers. secundo, Aond. in consil. 41. num. 7. lib 1.

Sextò: quia dos constituta in summa mille, & ducentorum aureorum partim in pecunia fuerat soluta, & partim in bonis immobilibus, ideo si diceretur dicta bona immobilia esse fundum dotalem, propriè dos diuerso iure constitueretur. Quod dicendum non est, prout considerat Soc. sen. in consil. 57. num. 8. vers. cum ergo, lib. 1. Rubeus, Alex. d. consil. 5. num. 3. Tob. Non. consil. 52. num. 7. Aonded. d. consil. 41. num. 12. Et sic D dicendum est: dicta bona immobilia non esse vere, & propriè fundum dotalem ad effectum, vt restitui debeant soluto matrimonio: sed restitui debere pecuniam, & æstimationem.

Denique vrgebat maximè: quia in instrumento consignationis aderat clausula ad habendum, & tenendum, quæ operatur, vt non possit dici fundus dotalis, ita vt teneatur ad eius restitutionem. Datur enim per hanc clausulam potestas marito tenendi, & possidendi dictam domum, & alia, & de ea disponendi. Quod facere non posset, si esset verè & propriè fundus dotalis: quia fundus dotalis non potest alienari, & debet mulieri restitui soluto matrimonio; & per consequens, vir illum recipiens facere de eo quicquid vult, & ei placet, & potest. Ita Bero. consil. 63. numero 11. lib. 3. Non. consil. 52. num. 4. Aond. d. consil. 41. num. 9. lib. 1. Bec. d. consil. 42. num. 8.

A Nec obstat, quod dicebatur: expressè conuentum fuisse, vt quædam pecuniæ debeant expendi in bonis stabilibus pro fundo dotali, quæ in totum reductæ erant ad summam scutorum 650. pro quibus facta fuit traditio & consignatio dictæ domus pacto adiecto, quod fundus intelligatur esse, & sic fundus dotalis: quia ex his verbis, quòd, scilicet, dicta domus debeat esse fundus dotalis, res videtur clara, quòd sit fundus dotalis, & per consequens æstimatio, & in solutum datio non videtur importasse venditionem: quia quoties expressè, uel tacitè colligitur, contrahentes aliter sensisse, tunc æstimatio, & in solutum datio non facit emptionem, l. si inter virum, C. de iure dot. Aret. consil. 34. col. 2. Socin. iun. consil. 141. num. 11. lib. 1. Paris. consil. 81. num. 16. lib. 3. Cou. pract. quæst. c. 28. num. 2. uers. 4. in fine. Et in hoc casu intelligitur facta æstimatio ad alium effectum, id est, ut cognoscatur, pro qua quantitate bona consignantur viro; vel, ut valor rei probari possit, B si culpa viri res deterior efficiatur, ut notant Bald. Salyc. & alij in l. ex conuentione, & ibi Ias. num. 2. C. de pact. Roland. à Valle consil. 92. numero 6. libro 2. Menoch. libro 3. præsumpt. 74. numero 15.

Quia responsum fuit, illa verba: quòd dicta domus debeat esse fundus dotalis, non alterare naturam dationis in solutum, nec operari posse, quod domus non sit effecta propria mariti, cum illis data fuerit pro satisfactione residui dotis: & sic pro summa scutorum 650. quæ quidem æstimatio seu in solutum datio emptionem, & venditionem important, adeo ut dominium transferatur in maritum; maximè stante clausula ad haben. tenendum, &c. Et promissione de euictione in plenissima forma secundum ea, quæ supra diximus. Et ideo dictum fuit, illa verba: quòd sit fundus dotalis, alterare non posse naturam contractus dotalis, qui fuit constitutus in quantitate pecuniæ 1200. C aureorum: & adductus fuit Corneus in consil 137. colum. 1. uers. sic, nec obstat, lib. 1. Cæphal. consilio 311. num. 37. Simon de Prætis in consilio 111. num. 19. & Aonded. in consil. 41. num. 22. lib. 1. quia si aliter diceretur, resultaret repugnantia, quæ euitanda est etiam verba impropriando, l. ubi repugnantia, de reg. iur. ubi Dec. num. 2. repugnantia enim in hoc consisteret, quod dicta domus esset fundus dotalis, & tamen fuisset data ad habendum, & tenendum, &c. quod continet maximam repugnantiam: quia per hanc clausulam data est potestas marito faciendi, & disponendi, prout illi placuerit de dicta domo quod fieri non posset, si esset fundus dotalis propriè, prout notum est. Item repugnantia esset in eo, quod dicta domus deberet restitui tanquam fundus dotalis, cùm tamen in plenissima forma obligatio facta fuerit pro defensione, & euictione cum pactis utilibus, quod verificari non potest supposito, quod esset propriè fundus dotalis, D & quod tanquam fundus dotalis restitui deberet, soluto matrimonio. Item repugnantia esset manifesta: quòd dos consisteret in quantitate 1200. aureorum, & simul consisteret in fundo dotali pro summa 650. aureorum.

Ad euitandas igitur has contrarietates, & repugnantias, dicendum est: pactum illud, quod domus debeat esse fundus dotalis, intelligendum esse largè, & impropriè ab effectu, quia dicta domus remanet obligata uxori pro dote, vt respondit. Rub. Alex. d. consil. 5. num. 3. Couar. pract. quæst. c. 28. num 8. Soc. sen. consil 224. num. 1. lib 2. Roland. d. consil. 91. num. 24. lib. 2. Aond. d. consil. 41. num. 21. Item dotalis erit fundus in subsidium, id est, ut pro eo rei uindicatio competat, quomodo aliunde dos à muliere haberi non posset. lege ex pecunia, C. de iure dot. Bero. consil. 165. numero 42. libro 2. Couar. ubi supr. Aonded. ubi supra, numero 22.

Non

A Non obstat etiam, quod dicebatur, dictum maritum obligare se, & sua bona solummodo, quando partem dotis in quantitate recepit; non autem, quando eidem fuit consignata domus; tunc enim nullibi legitur, ipsum pro dicta summa 650 aureorum obligasse se, & bona sua; nam, ex hoc colligi videtur, actum fuisse inter partes, vt dicta domus restitui deberet respectu dictæ summæ 650. aureorum: alioqui; si non fuisset ea partium mens, & intentio, dictus maritus obligasset se, & sua bona etiam pro dicta summa 650. aureorum, ita Hiero. Gabr. consi. 60. nu. 2. Menoch. lib. 3 præs. 74. num. 26.

Quia responsum fuit: non fuisse id necessarium, cùm domus tanquam fundus dotalis remaneret obligata, & hypothecata respectu dictæ summæ scutorum 650. vt patet ex his, quæ supra dicta sunt. Suprà enim ostensum fuit, dictam domum fuisse fundum dotalem, quantum ad hunc effectum solum, vt specialiter obligata, & hypothecata vxori esset, & etiam ad effectum, ut in subsidium eam posset vindicare. Propterea, dictum fuit, non fuisse necessarium, vt denuò pro dicta summa fieret obligatio. Non propterea inferri B potest, quod restitui debeat dicta domus, quasi sit propriè, & verè fundus dotalis, cum hoc sit impossibile, stantibus pactis, & conuentionibus supra ponderatis. Ex quibus clarè demonstratur, non fuisse verè & proprie fundum dotalem, nec fuisse obligatum maritum ad restituendum eum; sed ad pecuniam, & quantitatem restituendam.

Et hoc confirmatur: quia ex instrumentis manifestè apparet, fuisse constitutum in pecunia, & quantitate 1200. aureorum. Ergo, impossibile est dicere, quod dos consisteret in re immobili, respectu dictæ summæ 650. aureorum quæ est pars dictæ summæ 1200 aureorum: nisi dicamus, quod inter partes fuerit facta nouatio, per secundum instrumentum, vigore illius pacti, in quo continetur obligatio bonorum pro residuo, vt videlicet, dos tota consistens in summa 1200. aureorum, commutata fuerit, & translata in domum, respectu dictæ summæ 650.

C At hoc dici non potest. Primò: quia nouatio non est præsumenda, nisi expressè dicatur, l. vlt. C. de nouatio Aonded. d. cons. 41. num. 11. D. Cæph. dict. cons. 351. numer. 23. Secundò: quia hoc de iure fieri non potest; nam, quoties dos semel fuit constituta in pecunia numerata, & in quantitate, & vir se obligauit ad eam restituendam, sicuti acciderat in hoc casu, mediante primo instrumento; non potest ex interuallo temporis commutari dos in quantitate consistens; vt scilicet loco quantitatis fundus mulieri acquiratur, nisi duobus concurrentibus; videlicet, consensu ipsius vxoris, & eius vtilitate, l. si mulier dotis, l. cum maritus, C. de pact. dotal. Socin. iun. cons. 118. no. 11. lib. 3. Paris cons. 128. nume. 2. libr. 1. Bero. consil. 165. nu. 41. lib. 1. Corn. consil. 70. nu. 1. lib. 4. Natta cons. 650. nu. 10. Aonded. d. cons. 41. num. 26. 27. 28. 29. 30. & seq. lib. 1.

D Cum igitur in præsenti casu nullus interuenerit consensus, impossibile fuit, vt per secundum instrumentum consignationis factæ, & per pacta, & conuentiones in eo contentas fuerit alteratum Instrumentum dotale; etiamsi expressè fuisset conuentum, vt dos quæ in instrumento primo consistebat, in quantitate 1200. aureorum immutata esset, & conuersa in fundum dotalem.

CAPVT LXXV.

Hæres cum beneficio legis & inuentarij, an teneatur de suo satisfacere creditoribus, & legatarijs: quando res hæreditariæ post aditam hæreditatem sine culpa ipsius sunt diminutæ, uel perierunt?

HAnc iuris controuersiam reliquit indecisam, Doctissimus Peregrinus de fideic. art. 49. nu. 75. 76. & 77. ego verò liberè dicam, id quod sentio. Sentio autem, hæredem teneri periculumq; diminutionis ad eum spectare; quemadmodum spectat commodum augmenti, l. in ratione, l. in quantitate, ff. ad l. Falcid. Et quoniam secundum naturam est, vt qui sentit commodum, sentiat etiam incommodum, l. secundum naturam, de reg. iur. Et denique ea B ratione: quoniam hæres, qui conficit inuentarium, tenetur iuxta æstimationem rerum, quæ ex hæreditate defuncti ad eum sunt deuolutæ, sicuti dicit textus in l. vlt. §. etsi præfatam. C. de iure delib. ergo diminutio post aditam hæreditatem contingens non debet nocere legatarijs, & creditoribus, quibus per aditionem hæreditatis hæres adeundo obligatus esse videtur, secundum quantitatem rerum, quæ reperiuntur tempore aditæ hæreditatis: nisi quis proponat res ipsas legatas, vel debitas percepisse ante moram hæredis: tunc enim constat eum liberari, l. quod te, si cert. pet. secundum distin. tex. in l. in ratione, §. diligenter, ff. ad l. Falcid. Maximè quia olim non confecto inuentario hæres tenebatur legatarijs iuxta vires hæreditatis, & non vltra: & tamen diminutio contingens post aditam hæreditatem ad hæredem ipsum pertinebat; non autem ad legatarios, d. l. in ratione. Atque ita rectè docuerunt Castrens. in d. §. diligenter, Ripa in l. 1. §. si is C qui quadringenta, col. vii. ff. ad Trebel. Rol. a Valle de confect. inuent. par. 4. in 6. vtil.

Contrarium voluerunt Bart. & Alex. in d. §. diligenter, Cuman. in l. in ratione §. quod vulg. ff. ad l. Falcid. alios citat Roland. à Valle vbi sup.

Primum argumentum est: quia confectio inuentarij hoc operatur, vt hæres nullum debeat damnum entire, d. l. vlt. §. etsi præfatam & in auth. de hæred. & Falcid. §. Hinc nobis. Ergo videtur adiuisse hæreditatem cum ista conditione & modificatione, vt non teneretur de suo, & nullum damnum pateretur. Respondeo: id verum esse, quod dicitur de effectu inuentarij, præseruantis hæredem ab omni damno; sed intelligi debet, prout declarat Iustin. in d. l. vlt. §. etsi præfatam, in illis verbis; *Vt in tantum hæreditarij creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos deuolutæ valeant.* Hæc sunt verba textus, quorum sensus est; non D vlterius hæredem conueniri posse, quam res valeant ad eum deuolutæ. Ergo tenebitur & conueniri poterit iuxta quantitatem & valorem rerum defuncti, quæ sunt ad eum deuolutæ; licet postea diminutæ sint: quia damnum diminutionis contingit post aditam hæreditatem & postquam res deuolutæ sunt ad hæredem.

Alterum argumentum est: quoniam hæres est debitor quantitatis respectu corporum hæreditariorum. Ergo peremptis corporibus vel diminutis liberatur, l. Titiæ textores §. vlt. de legat. 1. tradunt Bart. & alij in l. quod te, ff. si cert. petatur. Respondeo: non liberari hoc in casu: nisi res perierint ante aditam hæreditatem, nam post aditam hæreditatem damnum spectat ad ipsum hæredem, secundum distinctionem textus in d. l. in ratione, §. diligenter, ff. ad l. Falcid. Nec verum est hæredem esse debitorem quantitatis respectu corporum hæreditariorum; est enim verius, esse debitorem quantitatis absolutè, & ideò re perempta non liberari,

berari, vt in d.§.diligenter, & iuxta regulam l. incen- A
dium, C. si cer.pet.Corpora enim hæreditaria sunt in facultate soluendi: quia scilicet, ea dare in solutum potest, iuxta textum in d.§. etst præfatam, vel non tenetur vltra valorem ipsorum corporum: sed non ideò dicendum est, corpora esse spectanda quasi eorum respectu hæres teneatur ad quantitatem eo modo, quo tex.loquitur in d. l. Titiæ textores, §.vlt. Et sic argumentum cessat.

CAPVT LXXVI.

An regula l. si ita de auro & argent.leg.locum habeat in vt relictis coniunctæ personæ, & sic an legatum extendatur ad acquisita post testamentum?

SI testator leget vestem suam, fundum suum, in- B
telligitur legare id, quod tempore testamenti suum erat; nec legato venit, quod postea quæsitum, l.si ita, ff.de auro & argent. leg. Sed quæritur; an idem sit, vbi testator legat personæ coniunctæ? & non esse idem; sed legato contineri posteà quæsita, scribit Soci.sen.in l.1.in 5.not.vers.secundus casus, de reb.dub. Ioseph.Ludo.decis.Perusina 61.nu.39.parte 2. Crassus in § legatum, quæst.29.

Contrarium docuit Cagnol. in l. vlt. nu. 229. Codice. de pact. & add. ad Romanum sing. 503. Prioris sententiæ fundamentum est in doctrina Bar.in l. si cognatis, de reb.dub. vbi per illum text. limitat regulam d.l.si ita de auro & arg.leg. Sed, cum doctoris dictum debeat intelligi secundum legem, quam allegat, vt docet idem Bar.in l. Non solum.§. liberationis, de lib. leg.ex hoc infertur, Bartoli limitationem esse intelligendam prout loquitur tex.in d.l.si cognatis. Hoc autem vult tex.in d.l. si cognatis, si relictum fuerit cogna- C
tis, eos contineri, qui erant cognati non solùm tempore testamenti: sed etiam tempore mortis. Quod nihil facit ad rem nostram, quia non quærimus nunc de personis, sed de rebus legatis.

Nec solidum fundamentum est in eo: quòd coniunctæ personæ fauor sæpe consideratus fuerit, leg. si res obligata, de legat.primo.l.cum alienam, Codice de legat. & suadent fieri pinguiorem interpretationem, vt latè D. Mantica lib.sexto.titulo vndecimo, num.23. Quia id procedit in casibus expressis, in quibus verborum natura non repugnat, sed verba conueniunt: fauore hæredis suadente ea strictè accipi, vt ille minus grauetur: tunc præualere debet coniectura voluntatis testatoris; ex affectione erga personam coniunctam.

Sed hic verborum natura non congruit: cum enim testator fundum suum, vel rem suam relinquit, ad tempus testamenti relatio habenda est; non ad futurum tempus: quia illud incertum est, & verba ipsa signifi- D
cant tempus præsens.

Cum igitur in hac re, de qua agitur, nullum pro coniunctis personis testimonium ex legibus proferatur: & verba non conueniant; magis est, vt eorum amplectar sententiam, qui dixerunt: huiusmodi legatum ad bona posteà quæsita non extendi.

Alia ratio est de legato facto cognatis: quia admittitur is, qui est cognatus tempore mortis; licet tempore testamenti non esset. Ratio est, quam adducit Menochius in consilio 106.numero quatro & quinto, & sequent. quia testator cum habet in cognatorum numero tempore mortis; Ideò cum voluntatem suam non mutauerit, eum demonstrasse censetur.

Huc accedit, quod si plures sunt cognati, & aliqui tempore mortis: alij vero tempore testamenti, præferuntur, qui tempore testamenti sunt cognati, Menoch. vbi suprà, numero vndecimo.

CAPVT LXXVII.

An laici possint esse testes contra Clericos in caussis criminalibus, vbi agitur de delicto commisso in villa vel alio loco, vbi non habetur copia aliorum Clericorum?

LAicum testificari non posse aduersus Clericum in causis criminalibus, satis apertè constitutum est, in cap.de cætero, de testib. sed controuersia est, an istud sit perpetuum, videlicet; an etiam locum habeat in delictis commissis in villa, aut alio loco, vbi copia aliorum Clericorum haberi non potest. Et puto locum habere: motus ex verbis d.cap.de cætero, dum ait: *laicos contra Clericum ad testimonium in criminali caussa non esse aliquatenus admittendos*. Hæc sunt verba satis generalia, quæ videntur mihi omnem casum excludere. Adde, quod militat ratio reuerentiæ debitæ a laicis erga Clericos: Item, quia Clerici oppido laicis sunt infensi, quæ sunt duæ rationes, ob quas laici nec accusare possunt Clericos, nec contra eos testificari, cap. nullus, cap. laico, & cap. laicos, secunda, quæst. septima, tradit Aretin.in d.cap.de cætero, numero 10. Hæc enim ratio locum habet etiam, vbi delictum est commissum in locis occultis, & ita tradit Aretin. loco proximè citato necnon etiam Felin. ibidem numero 4. & 5. vbi dicit, esse communem, Monald.consilio 72.numero 47.& seq. libro 1. & in consilio 137. num. decimo & vndecimo libro 2. Feret. consilio 238. numero 22.libro.secundo, vbi testatur hanc esse communem opinionem.

Contrariam sententiam amplexus fuit Abb. numero tertio in d. cap.de cætero, quem secutus est Crot. de testib. numer. vndecimo Auffrer. de reprobat.testium num.61.& Campeg.de testib.reg.98.in 1.Fall.Rebuff. de reprob test num.237.D.Decian.consil.63.num. 35. lib. 5. & alij multi, quos refert & sequitur Farinac. de testib.q.61.oppos.12.num.107.

Fundamentum est: quia delicta remanerent impunita: & daretur occasio clericis delinquendi: & quia in subsidium admittuntur testes alias inhabiles.

Sed hæc & similia facilè tolluntur: quoniam hæc omnia considerata fuere a conditoribus sacrarum constitutionum, & nihilominus decreuerunt; laicos testificari non posse, non vt darent Clericis occasionem delinquendi: sed vt laicis auferrent occasionem eis nocendi, quos summa reuerentia prosequi debent. Potuissent Canones distinguere inter delicta clandestina & cætera minus occulta: noluerunt distinguere. Ergo nec nos distinguere debemus. Si attendi deberent rationes istæ, rarò accideret, vt laici testificare non possent: quia raro committi solent delicta præsentibus clericis: imò plerunque delinquitur in occulto. Itaque magis deferendum puto sacris constitutionibus clarè loquentib. quam aliquorum interpretum coniecturis, & imaginationibus. Fateor, quod & omnes fatentur in criminibus exceptis laicos etiam admitti, vt docent multi ex Doctoribus sup. relatis, sed disputatio fuit instituta circa crimina non excepta, & ad ea testringi debet conclusio hæc nostra.

CAPVT

CAPVT LXXVIII.

An à primo fideicommissario in alterum fideicommissarium transeant actiones ipso iure absque restitutione etiam nulla mora interueniente.

IVra hæreditaria à primo fideicommissario in secundum transire iure apertè decisum est, & constitutum in l.penult.§.cum autem, C.ad Treb. ibi: *Sine à primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est,ipso iure vtiles actiones transferuntur*. Hoc cum ita sit,non puto moram vllam requiri; sequorque hac in re sententiam Bar. & Castr. in d.§.cum autem, Alex.& Ripæ in l.1.§.De illo,n.7.ff.ad Treb.

Contrariam sententiam secutus est Ias. in d.§. De illo,alios adducunt, & communem testantur D.Capb. in consilio 49. numero 19.& Peregrinus de fideicom-
B missi.att.2. num.58. versic.contra vero. Fundamentum est in d. l. 1. §.sed quoties, ff.ad Trebell. ibi. *Si velit alius fideicommissarius partem suam suscipere, transire ad eum ipso iure actiones*, & in l.cogi, §. Metianus, ff.eodem, ibi: *absentes si velint fideicommissum suscipere, à præsente petant*. Sed non videtur solidum hoc fundamentum: quia nullum ibi verbum, quod mora sit necessaria. Necesse quidem est,vt fideicommissarius velit acceptare fideicommissum,& se declaret velle,& tunc ipso iure transeunt in eum actiones nec mora alterius fideicommissarij est necessaria. Et hoc est; quod dixit glos.in d.§.Metianus, necessarium esse petitionem possessionis rerum; non autem iuris: quia ipso iure actiones transeunt. Eodem modo accipienda esse non dubito cætera, qua pro confirmatione fundamenti huius adducuntur; videlicet,in casibus, in quibus ipso iure aliquid competit, esse intelligendum, dummodo peta-
C tur,ex trad.latè per Iasonem in l.Vniuersa,C.de precib. Imp.offeren.

Fateor, petendum esse agnoscendumque, & acceptandum quod ipso iure transfertur & competit: nam beneficium non confertur in inuitum: & quilibet potest renuntiare suo iuri.Sed non infertur ex hoc, necessariam esse petitionem ad constituendum in mora: adeo, quod ante moram non dicatur ius translatum, & quæsitum. Imò statim ipso iure absque restitutione actiones transeunt hoc in casu,vt est constitutum in d §. cum autem, supposita scilicet acceptatione fideicommissi,vt io d.§.sed & quoties & in d.§.Metianus, atque ita se declaret fideicommissarius, vt notat Castr.in d.§. Metianus,ante numerum quartum, & alij a Peregrino citati de fideic.att.2.num.63.

CAPVT LXXIX.

D *Vtrum de iure Canonico fideicommissarius agere possit ante factam sibi restitutionem re vel verbo?*

QVoniam tex.inc.in præsentia,de probat.& in c.Raynutius,& in c Raynaldus de testam.loquuntur de fideicommissario agente ad bona fideicommisso subiecta,nec faciunt mentionem restitutionis factæ ipsi ab hærede re,aut verbo, inualuit optimo iure Canonico, & æquitate eius inspecta non esse opus restitutione reali, aut verbali, ita Bald.in d.cap.in præsentia,numero 31. Gnl. de Bened.in c.Rainut.in verf.si ab[s]q.liberis el 2. nu.85. Boer. decis.156.num.7.Rolan.consil.78.num.20.lib.3.Annd. in consil.16.num.24. lib.1. Peregrinus de fideicommiss. att.2.num.63.

Verum, quia secundum iuris Ciuilis regulas necessaria est restitutio, §. restituta, institut. de fideicom.

A hæred. l.Facta, ff.ad Trebell. Nec ius Canonicum in hoc contradicit: existimo contrariam sententiam esse veriorem,& amplectendam, vti sub verbo fortasse dicebat Peregr.vbi supra,& alij, vt per Bertazol. consil.16. num.52.quibus & ego consentio.Nec obstant tex.allegati, qui etsi non dicant necessariam esse restitutionē: non tamen id negant & hoc sufficit, vt ius Ciuile maneat firmum etiam in foro Canonico,c.1.& 2.de oper. nou. nunt.

Debet igitur præsupponi, factam fuisse restitutionē re aut verbo in casibus illis: aut non fuisse circa hoc disputationem inter partes:aut necessariam non fuisse restitutionem secundum iuris ciuilis casus, in quibus illa non requiritur, de quibus videri poterit Aondedeus, d.consil.26.lib.1.& Doct.in l.pen.§.cum autem, C. ad Treb.

CAPVT LXXX.

An ascendentes per fideicommissum grauati detrahere possint legitimam, & Trebellianicam sicut descendentes?

DE Trebellianicæ (vt vocant) atque legitimæ detractione descendentibus grauatis per fideicommissum concessa, multa diximus alias. Nunc subijciam, quid statuendum sit de ascendentib. grauatis.In quo etiam doctores dissentiunt. Aliquibus affirmantibus idem in ascendentibus esse statuendum: aliquibus verò negantibus.

Affirmant Angel. & Coman.in l.si à milite, §.vlt. ff. de mil.testam.Balba.in cap.Raynutius circa finem,de testam. Crau.cons.110. in primo dubio, Cou.in d.cap. Raynutius,§.11.num.6.Molina de primog. Hisp. lib.1. cap.17.num.5.

Negant Bald.in d.l.si à milite, §.vlt. Ias. in l.Filium, num.9.C fam.herc.Rolan.consil.39.nu 9.lib.3. vbi alios adducit Peregrinus,alios etiam adducens de fideicom. art.3.num.53.

Omnis difficultas est in eo posita; an, quod receptum est in descendentibus, extendi debeat ad ascendentes. Quid ni? nam videtur eadem ratio; cùm parentibus legitima debeatur in bonis filiorum, lege Nam & si,ff.de inoff.testam.& in §. Aliud, in Authent. vt cum, de appel. cogn. Et hæc nullum recipit grauamen, l. quoniam in prioribus de inoff. testam. Ergo,sicut filius tanquam filius legitimam deducit, & tanquam hæres grauatus Trebellianicam. sic & parens legitimam deducet vt patet;& Trebellianicam,vt hæres grauatus.

CAPVT LXXXI.

An dispositio generalis comprehendat caussam dotis, vbi non reperitur specialiter priuilegiata?

GEneralem dispositionem non comprehendere caussam dotis, etiamsi agatur de casibus, in quibus non reperitur specialiter priuilegiata,scribit Neguz.de pign.par.8.mem.1. num.23. dicens esse communem opinionem Gabr. consil.20. nu.1.lib.1. Anton.Gabr.comm.conclus.lib.6. tit.de legibus, concl. 1.num.10. vbi dicit: hanc esse magis communem sententiam.

Contrarium dixerunt Bald. consil.7. Punctus talis est lib.3. Anch.cons.93.Dec.in cap.sedes,nu.35.de rescr. & in l.2.in vlt.not.C.vnde lib.& in l.1.num.1. de regul. iur.& consil.5.num.2.& cons.301. num.11. Crot.in l. si constante num.11. ff.solut.matr. Ripa in l.1. num.15. ff.

fol. matr. & in l. fin. nu. 170. C. de reuoc. donat. Cur. iun. in l. Hæres absens, num. 18. ff. de iud. Contard. in l. diffa mari, q. 18. nu. 107. C. de manu. Cag. in l. 1. num. 22. de reg. iur. Soc. iun. consil. 12. nu. 12. lib. 5. & in l. 1. ff. solu. matr. Tiraq. de iure primog. q. 62. nume. 25. & de retr. sign. §. 1. gl. 14. nu. 96. cum seq. Parif. consil. 18. num. 14. lib. 1. Grat. consi. 130. nu. 1. lib. 2. Port. Imo. in conc. lib. 3. concl. 17. Lambert. super statuto mediolani, gl. 21. n. 3. & 4. Gab. consil. 20. nu. 1. 2. & 3. lib. 1. Rim. Sen. consil. 447. nu. 16. Natta consi. 113. nume. 7. & consi. 410. col. pen. Couar. lib. 3. var. c. 18. num. 3. Vasq. de success. progressu lib. 3. §. 3. nu. 43. & lib. 5. contr. illust. cap. 84. nu. 24. & de success. resol. lib. 1. §. 9. num. 61. Rim. iun. in instit. quib. alien. liceat vel non in prin. nu. 557. & in l. Precibus, num. 84. C. de impub. Rim. iun. consil. 2. nu. 11. & consil. 51. nu. 43. Ceph. consi. 177. nu. 5. Sappia in rob. ff. de iud. col. 1. Gozad. consi. 97. nu. 7. Rubeus consil. 166. in fine. Cotta in memorab. in ver. dos habet. Alba consil. 109. nu. 22. Menoh. c. 15. remed. recup. poss. nu. 83. Aldobrand. ad Hermanod. Deium in l. 4. §. Cato, nu. 405. de verb. obl. Affl. in constit. in ca. Hostici exceptionem quæ est in lib. 3. tit. de except. hostica tub. 19. n. 20. Neurz. consil. 77. num. 16. Pedroca consi. 25. num. 3. Aonded. consi. 14 num. 19. lib. 1. Surd. consi. 361. nu. 21. qui communem dicunt.

Hanc posteriorem sententiam, & communiorem, & veriorem esse censeo, non solum ex vulgatissima illa conclusione DD. generalem dispositionem comprehendere etiam casus priuilegiatos, nisi reperiantur priuilegiati in illa specie, de qua loquitur dispositio, l. in fraudem, §. vlt. ff. de mil. testa. verum etiam ca ratione, quod si dotis causa eximeretur ab omni dispositione generaliter loquente; hoc nihil aliud esset, quam dotis caussam in omni casu priuilegiatam esse confiteri vsque adeo, vt nunquam iure communi vetetur: quod certè iuri nostro mihi non videtur satis consentaneum. Etsi enim dicat textus in l. 1. ff. sol. matr. caussam dotis semper & vbique præcipuam esse: glossa tamen ibi & DD. plurimos casus commemorant, in quibus dos non reperitur priuilegiata. Non sunt igitur multiplicanda priuilegia sine legis authoritate, l. quod verò, ff. de legibus c. quæ à iure communi, de reg. iur. in 6.

Non obstat fundamentum contrariæ sententiæ, positum in eo; quod S. C. Velleianum generaliter eximens mulieres ab obligationibus pro alijs, non comprehendit tamen caussam dotis, l. si dotis l. vlt. C. ad Vell. Promittendo, ff. de iure dot. quia omissa responsione Decij, cui Neguzantius replicauit, dico: aduertendum esse dotem reperiri in hoc specialiter priuilegiatam; si enim lex vult omnes obligari, qui dotem promittunt; apparet, legem speciali fauore dotis caussam prosequi. Huc accedit, quod textus in d. l. si dotale, inquit: prudentes existimasse, dotis caussam ab illa generali sanctione remouendam esse. Erat igitur inclusa dotis caussa in generali illa sanctione; sed prudentes iudicarunt, eam esse eximendam, prout etiam exempla fuit in d. l. vlt. C. ad Vell.

Non respondeo alijs argumentis, quæ à Neguzantio ex authoritate Salyceti & aliorum proponuntur; quoniam rationibus pugnandum est, non authoritatibus. Quod, si authoritatibus certandum sit, quis dubitat; quod plures & grauiores, qui pro conclusione nostra militare videntur, præualere debent paucioribus, qui pro contraria assistunt: & multò magis illis, qui extra terminos propositæ quæstionis dotem eximunt à generali legum constitutione, nullo subnixi iuris solido fundamento?

CAPVT LXXXII.

De præscriptione aduersus hypothecariam, quando quis habet caussam à debitore.

Cum quis titulum & caussam habet à debitore & ex eo titulo possidet bona alteri obligata; non potest spatio longi temporis præscribere aduersus actionem hypothecariam, ita Negu. de pign. in 2. membr. 6. par. in prin. Motus ex l. cum notissimi, §. 1. C. de præsc. 30. anno.

Ille textus nihil suffragatur huic sententiæ Neguzantij: quia nihil aliud dicit, nisi secundum creditorem non posse contra primum, nisi spacio quadraginta annorum vincere debitore; quia nec ipse debitor, cuius imaginem repræsentat, prius præscribet. Hoc autem nil commune habet cum proposita quæstione, quæ est de tertio possessore, titulum habente & ab ipso debitore: quippe non est quæstio nostra de creditore altero, quia iste alter creditor non habet titulum habilem ad præsumptionem longi temporis, quemadmodum habet is, qui emit, v. g. à debitore, vel alio titulo acquisiuit.

Proinde contrariam sententiam veriorem esse non dubito, sicuti ante me docuit doctissimus Oddus in consil. 82. numero 30. Tum: quia decidit aperte hoc in casu sufficere longi temporis præscriptionem, in l. est in arbitrio, C. de actio. & oblig. Tum, quia textus in l. 1. & 2. C. si adu. credit. excipit ab hac præscriptione longi temporis solum debitorem & successorem eius vniuersalem, quemadmodum glossa ibi rectè exponit. Cæteri igitur bonæ fidei possessores titulum singularem habentes à debitore, non videntur esse exclusi: igitur longo tempore præscribunt, & ea præscriptione tuti esse videntur.

CAPVT LXXXIII.

Præscriptio longi temporis aduersus creditorem habentem hypothecariam actionem, an incipiat ante factam excussionem principalis debitoris?

Quia non valenti agere non currit præscriptio, l. 1. §. Ne autem, C. de ann. excep. Nec hypothecaria agi potest aduersus tertium possessorem priusquam facta fuerit excussio principalis debitoris, vt habetur in auth. de fideius. & mandato. Hac ratione motus Alex. in consi. 58. ad finem, lib. 5. quem sequitur Affl. dec. 139. nu. 7. & Crot. in l. si is, qui pro emptore, nu 207. de vsuc. Tertium possessorem, qui titulum habet, & bonam fidem longo tempore non præscribere aduersus hypothecariam actionem ante factam excussionem; quia scilicet, ante factam excussionem agere non potuit contra tertium possessorem. Et licet impedimentum proueniret ex culpa sua, eo quod non fecit excussionem; nihilominus tempus ei non currit, arg. tex. in c. quia diuersitatem, de concess. præb.

Contrariam sententiam habuerunt longè plures alij, quam vel communiorem, sic & veriorem esse censeo, Balb. de præscr. 4. par. 4. princ. q. 5. concl. 6. Crau. consi. 263. num. 7. vers. Nec videtur Neguz. & alij, quos refert & sequitur Sforzia Odd. in consil. 82. nume. 47. Nam qui potest facere vt possit, iam posse videtur, l. qui potest, de reg. iur. Potest autem creditor facere excussionem & sic agere hypothecaria. Rursus, impedimentum non excusat nec impedit cursum præscriptionis, quoties quis illud remouere potest; ideo

ideo non volenti agere currit præscriptio, quando potest impedimentum remouere, vt declarat Felin. in cap. primo, ex transmissa, col. vlt. de præscript. & est tex. in cap. vlt. de elect. Cùm igitur possit creditor excussionem facere, nec faciat; meritò non excusatur ob hoc impedimentum, nec impeditur cursus præscriptionis.

Non obstat tex. in cap. quia diuersitatem, de concess. præb. quoniam intelligi debet, quando impeditus non fuit negligens in remouendo impedimento, vt declarat ibi gl. & Io. Andr. necnon Ant. Butr. & Panormit. Cum itaque negligens fuerit iste creditor in faciendo excussione; meritò dicimus excusari non debere, quominus ei & contra eum currat tempus præscriptionis.

CAPVT LXXXIV.

Ex rubrica ff. de officio eius, controuersia prima. An delegatus Principis absolutè sit dignior ordinario?

DElegatum Principis absolutè digniorem esse ordinario scribit Decius in rubr. de off. eius & communem esse testatur ibi Bolog. n. 23. & Rim. iun. n. 14.

Primum argumentum est ex c. sane, il secundo, de off. deleg. vbi delegatus Principis præfertur Episcopo, qui est ordinarius. Respondet Cagn. ibi num. 49. illum textum loqui de Episcopo, cuius caussa est alteri delegata: nam respectu illius caussæ delegatus est maior Episcopo.

Secundum argumentum est ex cap. per tuas, de maior. & obed. vbi ordinatus à Papa præfertur alijs, vt ibi per glossam. Respondet Riminald. iun. numero 59. ordinatum à Papa præferri alijs scilicet ordinatis ab inferioribus, quod nemo negat nec facit ad rem nostram.

Tertium argumentum sumitur ex lege 2. ff. de albo scrib. vbi præferuntur illi, qui dignitatem consecuti sunt à Principe. Respondeo vt supra, præferri alijs, scilicet ordinatis ab inferioribus.

Quartum argumentum est ex ordine titulorum: nam prius ponitur titulus de officio delegati, quam de officio ordinarij. Respondeo: nihil esse: quia non valet argumentum ex ordine titulorum ad maiorem dignitatem, vel minorem probandam: imponitur titulus de officio custodis & factistæ ante titulum de off. ordin.

Quintum argumentum est, quia delegatus Principis habet iurisdictionem à Principe: Ordinarius verò à lege, l. more, ff. de iurisd. omn. iudic. Princeps autem est supra legem, l. Princeps, ff. de legibus. Respondet Alfanus numero 89. Imò ordinarium habere iurisdictionem à principe, leg. 1. ff. ad l. Iul. de ambitu, quia Princeps legem condit, ex qua ordinarius habet iurisdictionem: ideo quòd est caussa caussæ, est caussa causati, lege Manumissiones, ff. de iustitia, & iure.

Sextum argumentum sumitur ex cap. si. 93. dist. ibi: *Tanquam locum tenens honorabitur.* Respondent Rim. iun. & Alfan. honorandum quidem esse; sed non tantum quantum princeps, quem repræsentat, ex notat. per Bald. in leg. sed etsi hac, §. vltim. ff. de in ius vocand.

Septimum argumentum est ex l. 1. C. de off. Vicarij, quem textum adducit Alc. lib. 2. parad. c. 12. supponendo vicarium esse delegatum secundum ius ciuile. Sed malè: quia ordinarium esse, docet glo. in l. 2. C. de offic. eius, qui vicem alter. gerit, & Cuiac. in l. Omnes, C. de annona, lib. 10.

Octauum argumentum sumitur ex lege Aduersus,

A l. ada. rem iudic. vbi ordinarius non potest restitui re aduersus sententiam delegati Principis. Ergo videtur esse minor delegato: quia minor non potest restituere aduersus sententiam maioris, l. minor autem, ff. de minor. Respondeo: ex hoc probari ordinarium non esse maiorem, sed non probari delegatum Principis esse maiorem ordinario, ideo argumentum nihil obstat. Possunt enim esse pares ambo, ordinarius & delegatus iste. Adde, quòd argumentum istud procedit respectu caussæ delegatæ; non autem simpliciter, & absolutè.

Contrariam igitur sententiam amplexi sunt, Andreas Sicul. in rubr. de offic. delegat. Cagnol. in rubr. de off. eius, nume. 47. Bologn. num. 23. Riminald. iun. num. 70.

Primum argumentum est. Ordinarius habet maiorem iurisdictionem quam delegatus Principis. Ergo est dignior, glos. in c. in nouo, 21. dist.

B Respondet Decius: non esse bonam consequentiam: quia delegatus Principis est dignior ordinario in caussa delegata, cap. pastoralis, §. præterea, de offic. delegat. & tamen ordinarius habet maiorem iurisdictionem. Confirmari potest hæc responsio ex doctrina Bartoli in l. 1. §. si quis, num. 4. ff. de appell. vbi dicit: præfectum vrbis habere maiorem iurisdictionem quam consul habeat: & similiter, Cardinales habere maius officium, quam Episcopi habeat; & tamen non esse digniores.

Secundum argumentum est: quia ordinarius habet iurisdictionem à lege; delegatus vero à Principe. Lex autem & Princeps æquipatantur, §. fin. in auth. de consulibus. Respondet Decius: ordinarium non repræsentare legem: quia iurisdictionem dicitur habere iure proprio, l. more, ff de iurisdict. omn. iud. Delegatus vero vtitur iurisdictione delegantis l. 1. §. qui mandatam, ff de off. eius. Replicat Alfan. num. 64. retorquendo: quia, si ordinarius habet iure proprio: ergo est dignior delegato, qui habet iure alieno, ex doctrina Bartoli in lege quod principi, de legatis secundo. Sed pro defensione Decij responderi potest: argumentum hoc probare, personam ordinarij esse digniorem, sed non probare, eum esse digniorem respectu iurisdictionis. Nam delegatus Principis vtitur iurisdictione delegantis (vt dictum est) qui est dignior: & sic videtur magis repræsentare principem (vt dicebat Decius) quam facit ordinarius. Et hoc est ex mente Alciati in rubr. de off. ordin. numero tertio.

Tertium argumentum est: quia ordinarius habet iure proprio iurisdictionem: at delegatus beneficio alieno. Respondetur, vt proximè responsum est, pro defensione Decij.

Quartum argumentum est: quia ordinarius habet dignitatem. Vel enim est Illustris vel Spectabilis, &c.

D iuxta notata per Decium & alios in lege prima, in principio, de offic. eius. At delegatus Principis nullam habet dignitatem. Respondeo: delegatum Principis non habere dignitatem aliquam nominatam, habere tamen aliquam dignitatem innominatam, quatenus repræsentat Principem, & vicem illius gerit. & quod detur talis dignitas innominata, videatur Bartol. in lege prima, Codice de dignit. libro decimo.

Quintum argumentum est ex lege præcipimus Codice de appellation. vbi à delegato Principis appellatur ad ordinarium. Ergo ordinarius est maior. Respondetur: immò appellari ad Principem. sed, quia Princeps est occupatus, cognoscit præfectus prætorio, vel alius loco principis, prout ibi constitutum est.

Sextum argumentum sumitur ex lege 2. C. de offic. mag. off. vbi præfertur, qui sustinet maiores labores.

Ergo ordinarius debet præferri, qui sollicitus est de pluribus caussis. Respondeo, argumentum hoc à maiori labore locum habere, cæteris paribus. Constat enim viles homines plus laborare quam nobiles: & nemo dixerit, viles personas præferendas esse nobilibus.

Quid dicendum: Videbatur prima facie concludendum; delegatum Principis absolutè digniorem esse. Primò, quia vtitur iurisdictione Principis delegantis, vt supra dixi. Secundo ex l. septima, Cod. Theodosiano, de honorarijs codicillis, vbi Vicarij videntur separati ab ordinarijs: & tamen illis præferuntur.

Istis non obstantibus, puto contrariam sententiam veriorem esse. Primò, quia si delegatus Principis absolutè dignior esset ordinario: non dixisset Sanctus Pontifex in capitul. Pastoralis, §. præterea, de off. ordinarij, huiusmodi delegatum esse digniorem respectu caussæ delegatæ. Secundò, quia delegatus Principis repræsentat Principem tantummodo in caussa delegata. Ergo extra illam caussam nullam habet dignitatem, & sic limitata caussa limitatum producit effectum, l. in agris, de acquir. rer. domin. & cessante caussa cessat effectus, capit. cum cessante, de appellat. Tertiò, quia hæc opinio consuetudine approbata dicitur, teste Cagnolo in d. rub. de off. eius. Est autem optima legum interpres consuetudo, l. si de interpretatione, ff. de legib.

Ad primum argumentum respondeo fatendo: de legatum hanc vti iurisdictione Principis delegantis; sed negando, propterea esse digniorem absolutè: sed tantummodo respectu caussæ delegatæ, in qua repræsentat Principem.

Ad secundum respondeo; Vicarios, de quibus loquitur ille textus, esse ordinarios: non autem delegatos, & separati ab ordinarijs, qui scilicet, alterius vices non gerunt.

CAPVT LXXXV.

An delegatus Principis sit dignior ordinario in caussa delegata?

Affirmat Decius in rubr. ff. de off. eius. quem sequitur Cagnol. numero 47. Bologn. numero 25. Rimin. iun. numero 76. cæterique communiter. Primum argumentum est cap. sanè, il secundo, de off. deleg. in illis verbis: *Quòd iudex à nobis delegatus vices nostras gerit, &c.* Hæc enim ratio valet, & vim habet quoad omnes. Secundum argumentum est ex cap. significasti, de off. deleg. quatenus ibi dicitur: talem delegatum præcipere ordinario: nam par in parem non habet Imperium, l. ille à quo, §. tempestiuum, ff. ad Trebell. Tertium argumentum est ex cap. pastoralis, §. præterea, de off. ordin. ibi; *cum delegatus quantum ad illud sit maior ordinario.* Nec obstat responsio Rimin. iun. num. 83. in d. rubr. quatenus dicit ibi probari, quòd sit maior respectu excommunicationis, & absolutionis: quia ratio, cur ordinarius nō possit absoluere excommunicatum à tali delegato, assignatur ibi; quia delegatus est maior ordinario, quo ad illud, id est, quo ad illud, id est, quo ad caussam delegatam.

Aduersus hanc veram, & communem sententiam aliquæ difficultates mouentur.

Primum excitauit Decius dicens: nullam dari comparationem hoc in casu inter ordinarium, & delegatum, cum ordinarius sit exclusus ab illa caussa, nec possit eam cognoscere. Frustra ergo disputatur an sit maior; quia comparatium requirit aliud, ad quod fiat cōparatio, vt Barto. ait in l. si seruus legatus, §. si ita scriptum, de leg. 1.

A Hanc difficultatem tollit iudicio meo, textus in dicto capit. Pastoralis, §. Præterea, quia lata sententia à delegato, quæri potest, quis possit eam reuocare? vt videlicet, delegatus excommunicaret, quæritur; an ordinarius possit absoluere? hic cadit comparatio inter ordinarium, & delegatum: & respondet ibi Pontifex: delegatum esse maiorem. Potest etiam dari comparatio inter delegatum, & ordinarium: vt puta, si in eadem caussa ambo procedant, veluti inquisitor, & Episcopus: nam dignior est inquisitor tanquam delegatus, vt habetur in 3. parte directorij, quæst. 8. & ideò vocatus eodem tempore coram vtroque debet comparere coram inquisitione: quia est maius tribunal, Archid. & Franc. in c. per hoc, de hæret. in sexto.

Altera difficultas excitata fuit à Bellono in dicta rubrica. Caussa naturalis accidentali præualet, l. 3. de tutelis. Sed iurisdictio ordinarij est naturalis; de legati verò accidentalis. Ergo præfertur iurisdictio ordinarij. Tollitur hæc difficultas per Rimin. iun. in dicta rubrica, numero nonagesimoprimo: quoniam argumentum procedit, vbi caussa naturalis, & accidentalis tendunt ad eundem effectum: secus autem, quando inuicem pugnant, tunc enim natura rei alterata esse dicitur, & præualet caussa accidentalis, l. prima, §. bestias, de postulando, & in c. feriatæ, de postul.

B Tertia difficultas excitatur a Rimin. iun. in d. rubr. numero 161. ex l. 2. C. vt dignit. ordo seruetur, & ex l. 2. C. de commerc. rei milit. libro 12. At nihil probant illi textus aduersus hanc communem sententiam. Nihil enim aliud probant, nisi eum, cui aliqua administratio demandatur, præferendum non esse, sed exæquendum esse illis, qui simile officium exercuerunt.

C

CAPVT LXXXVI.

An ordinarius habeat firmiorem iurisdictionem delegato Principis.

Tertia controuersia Doctorum in eadem rubrica de officio eius est; an ordinarius habeat firmiorem iurisdictionem delegato Principis; uel potius è conuerso. Et communis sententia est: ordinarium habere firmiorem iurisdictionem. Ita Alexand. numero octauo, post Bald. & Archidiac. quos allegat Decius ibidem numer. quinto, Bolognet. numero vigesimoquinto, Riminal. iun. numero 92. & cæteri communiter. Argumenta sunt ista.

Primum ex l. si ut proponis, la prima, & ex leg. si præses, C. quomodo & quand. iudex. Nam probatur ibi, ordinarium posse iterum iudicare, si protulerit sententiam nullam: delegatum vero non posse. Respondet Alfanus numero 73. text. in dicta l. si ut proponis, loqui de iudice dato, qui siue benè, siue malè iudicauerit, functus est officio suo, l. iudex posteaquam, de re iudic. aliud verò esse in eo, cui mandata sit iurisdictio.

D Secundum argumentum ex authentica isthæc, C. de iudic. ubi ordinarius potest caussam delegare, reseruata sibi sententia, dummodo ter audiat: quod nō potest facere delegatus. Respondet Alfanus, obi supra, hanc licentiam datam esse ordinario propter occupationes, quas habet, vt ibi dicitur. Amplius hoc non arguere firmitatem iurisdictionis ordinarij; sed potius arguere contrarium, vt adeò infixam habeat, vt a se non possit auellere.

Tertium argumentum est ex c. quærendi, de offic. delegat. ubi datur annus delegato ad exequendā suam sententiam: quod tempus non est ita restrictum in ordina-

ordinario. Bene respondet Alfanus: maiorem esse temporis angustiam in ordinario, cum eius officium anno plerumque finiatur, institu. de perpet. & temp.act.

Quartum argumentum est ex §. si verò etiam quidam iurent, auth. de exhib. reis, & ibi gl. in ver. omnimodo, vbi dicit: ordinarium posse citare re & verbo: delegatum verò non posse. Respondetur ex Alfano: textum hoc non dicere: quia Imperator ibi hoc tantum dicit: delegatum aliquid facere non posse ante litem contestatam: delegati enim iurisdictio non incipit nisi post litem contestatam, l. Aediles, §. sciendum, de ędil. edictis, lege si reus de procurator.

Quintum argumentum est ex cap. fin. de off. ordin. iud. cap. fin. de off. deleg. vbi probatur: ordinarium posse delegare caussam absolutionis ab excommunicatione; delegatum verò non posse. Respondetur, quod textus in d.cap.fin.de off.deleg.dum negat, delegari posse caussam absolutionis ab excommunicatione, loquitur, quando delegatus Principis hoc non facit de iurisdictione sua propria; sed tanquam executor ordinarius, vnde secus, si hoc faceret ex sua propria iurisdictione.

Sextum argumentum colligitur ex l. 2. C. de sport. vbi constitutum est circa mulctas, quæ imponuntur executoribus, ordinarium posse maiorem mulctam imponere, quam delegatum. Respondetur: nihil obstare. Est enim iustum, vt ordinarij possint maiores mulctas imponere suis officialibus cùm in omnibus causis eis inseruiant, & eorum opera vtantur, magis quam delegatus, qui vna tantum aut altera vice eorum opera vtitur.

Septimum argumentum est: quia delegati non possunt exequi suas sententias, l. a diuo Pio, de re iudic. ordinarius verò sic. Respondet Alfanus: hæc locum habere in iudice dato; non in eo, cui mandata est iurisdictio.

Octauum argumentum est ex auctoritate Iacobi de Beluisio, in auth. vt defunctorum funera, quod argumentum nil mouet: quia cum sit ab auctoritate Doctorum, est probabile, non necessarium, vt notatur in l. 1. ff. si cer. pet.

Nonum argumentum est: quia delegatus Principis non potest caussam alij delegare cum potestate delegandi, vt notat glossa in ver. transfert, in c. super, §. porro, de officio deleg. Ordinarius verò potest, vt est communis sententia Doct. in l. à iudice, C. de iudic. de qua communi testatur Decius, in lege prima, in primo not. de off. eius. Respondet Alfanus: non esse veram illam communem sententiam. Quæ responsio non satisfacit; quia cum de vno disputatur, præsupponendæ sunt in alijs communes opiniones.

Decimum argumentum colligitur ex c. iudex, de off. de leg. libr. 6. & ex cap. si quis contra, de foro compet. vbi probatur: ordinarium postquam recusatus est, tanquam suspectus; posse caussam alicui committere: delegatum verò non posse sine consensu recusatoris. Respondet Alfanus: quod consensus recusatoris requiritur respectu personæ, quam eligit ordinarius; non autem respectu commissionis: quia illam facit absque consensu ordinarius, dict. capit. si quis contra. Delegatus verò non, dicto capit. iudex.

Vndecimum argumentum est Decij in lege Pompeius, de re iudic. & ibi glossæ, vbi probatur, quòd si plures sint iudices ordinarij, omnes habent iurisdictionem in solidum: secus, si fuerint plures delegati, cap. prudentiam, de offic. deleg. Respondet Alfanus hoc inficiando. Sed non est bona responsio, cùm auctoritas glossæ, & Dd ibi sit in contrarium:

A & hæc sit communis opinio, vt testatur Rim. iun. in rub. de off. eius, nu. 94. post Abbat. in c. prudentiam nu. 10. de off. deleg.

Contrariam opinionem amplexus est Mantua, sicuti refert Riminaldus iunior hic, & Bolognet. sed Alfanus numero decimonono scribit; aliquando delegatum habere firmiorem iurisdictionem, aliquando ordinarium: & sic communem Doctorum opinionem non esse per totum veram.

Primum argumentum est: quia delegatus repræsentat Principem, cuius iurisdictio est firmior, cap. cuncta, quæstione 9. cap. per principalem, eodem. Hinc potest Princeps executionem nudo pacto concedere. Alexander in lege iurisgentium, §. sed cum nulla, de pactis ad finem, & ibi Iason. numero decimooctauo, & decimoquinto. Responderi potest: Principem habere firmiorem iurisdictionem,

B sed non sequitur: etiam delegatum habere, quia semper est maior dignitas eius, qui iure proprio habet, quàm eius, qui alieno, Bald. in l. sed etsi hac, §. fin. de in ius voc.

Et, quod attinet ad executionem, nudo pacto, non pertinet ad firmitatem iurisdictionis: sed quia æquitas seruari debet apud Principem & fides, & in curia mercatorum nudum pactum executionem habet, vt per Iason. vbi suprà, numero decimooctauo, & tamen nemo dixerit; magistratum mercatorum esse firmiorem ordinario.

Secundum argumentum est in capit. per hoc, de hæret. in sexto, vbi; si discordant Episcopus qui est ordinarius; & inquisitor, qui est delegatus inferenda sententia, mittendus est processus ad Summum Pontificem: & tamen, si ordinarius haberet firmiorem iurisdictionem, deberet illius sententia præualere.

C Respondet Riminal. iun. in dict. rubr. numero 105. illum textum loqui, quando discordant ante sententiam.

Sed malè: quia loquitur, quando discordant in prolatione sententiæ, vt puta vnus absoluere vult, & alius condemnare, vt declarat Francisc. Pegna ad direct. inquisit. parte secunda quęstione 50.

Tertium argumentum est: quia ordinarius facilius remouetur, quàm delegatus, vt Vicarius Episcopi: nam censetur reuocatus ex eo ipso, quod Episcopus alium constituit dominum, in c. in eodem, de off. Vicar. in sexto. At, delegatus non remouetur per secundum rescriptum, in quo alius fuerit constitutus, nisi fiat in eo mentio primi rescripti, c. cæterum, de rescriptis. Respondet Rim. iun. istud contingere in Vicario Episcopi: quia est ordinarius debilior cæteris.

D Melior est responsio, si dicamus: illud contingere in delegato propter vitium subreptionis in eum, tacita scilicet veritate, quod vitium considerari nequit in constitutione alterius Vicarij, facta per Episcopum: quia Episcopus scit se fecisse primum, quando secundum constituit.

Quartum argumentum est: legatus Papæ concurrit in omnibus cum ordinarijs in iurisdictione, vt not. Abb. & alij in capit. primo, de off. leg. & tamen non concurrit cum delegato Principis, capit. studuisti, de off. leg. Respondet Riminal. iunior, quod hoc prouenit ex natura commissionis specialis, vt docuit textus in dicto capit. studuisti.

Vltimum argumentum est Alfani; nempe à sententia delegati huius appellari potest ad Principem, qui delegauit, & ipse eam reuocat, absoluit, & restituit, l. 1. ff. quis, & à quo, l. minor autē, § pen. de mino. c. pastor.

§.præterea, de off. ordin. At à sententia ordinarij appellatur ad superiorem, lege prima, §.si quis in appellatione, ff. de appell. Responderi potest: id non inferre, quòd firmior sit iurisdictio delegati; sed caussam esse: quia delegatus est maior ordinario in caussa delegata; vt in d. §. præterea, ideo non conuenit, vt ordinarius magistratus corrigat vel tollat, quod ipse delegatus fecit.

Hæc sunt, quæ ab alijs fuerunt adducta. Ego puto communem sententiam posse defendi. Primo: quia ordinarius habet iurisdictionem suo iure, & delegatus alieno beneficio, l. more, de iurisd. om. iudic. Secundò: quia ordinarius habet eam de iure communi: delegatus autem iure speciali. Est autem firmius, quod de iure communi competit, quàm quod de iure speciali, l. eius militis, §. nullius missus ff. de mil. testam. Tertiò: quia ordinarius ob suspicionem non remouetur: sed datur ei adiunctus, auth. si vero contingit. C. de iud. At delegatus ob istam caussam suspicionis remouetur, l. apertissimi, l. fi. C. de iudic. Denique: quia morte delegantis expirat iurisdictio delegati, vbi res est integra, l. & quia, de iurisd. om. iudic. excepta iurisdictione inquisitoris fauore fidei, c. ne aliquis, de hæret. lib. 6. Hoc autem in ordinario non accidit.

CAPVT LXXXVII.

An delegatus Papæ possit dici officialis Papæ ad effectum, ut locus sit constitutionibus Pontificijs, quæ habentur in cap. cum Matthaus de schism. in cap. diuina, de priuil. in extrau. commun.

QVarta quæstio DD. in rubric. de off. eius est; an delegatus Papæ in aliqua caussa iusta possit dici officialis Papæ ad effectum, vt locus sit constitutionibus Pontificijs, quæ habentur in c. cum Matthæus, & in c. diuina, de priuil. in extrauag. quib. cautum est, vt a locorum ordinatijs excommunicari non possint. Respondet Decius nu. 6. in d. rubr. non esse officiales, qui gaudere possint DD. priuilegijs. Idem tenuit Bolog. n. 43. Rim. num. 110. & est communis opinio.

Primum argumentum est responsum Lapi de Castellione in consilio impresso post consil. Oldrad. incipien. factum. Sed hoc argumentum euitari potest: quia DD. auctoritas est probabilis: non autem necessaria.

Secundum argumentum: quia secundum Lapum in d. cons. Officialis Papæ dicitur, qui vices eius gerit in rebus ad eum spectantibus: at delegatus Papæ non gerit vices Papæ in rebus ad ipsum spectantibus, sed in rebus spectantibus ad priuatos. Ergo. Respondet Alfa. n. 101. imo spectare ad Pontificem: quia eius officium est Rempublicam administrare, l. 1. de off. præf. præto. §. vlt. in proœ. inst.

Tertium argumentum est ex mente Riminaldus iunior, & aliorum, qui sipse refert ex illis verbis textus d. cap. diuina: *In nostris & Sedis Apostolicæ obsequijs existentes*. Non enim huiusmodi delegatus videtur esse in obsequijs Papæ. Responderi potest: imò esse in obsequijs Papæ, quia ei & inseruire tenetur, & obedire.

Quartum argumentum est: quia ratio d. capit. diuina, est vt officiales Papæ promptius exercere possint eorum officium: quæ ratio non videtur locum habere in delegato Papæ: quia potest alteri delegare vices suas, capit. si pro debilitate, de offic. delegat. Respondeo: non posse subdelegare absolutè; sed quando ipse est impeditus, vt inquit text. in d. cap. si pro debilitate, quid ergo si non esset impeditus aliqua debilitate, vel necessitate, tunc militaret eadem ratio: quia non posset subdelegare? Rursus, quid si ipse vellet cognoscere, & nollet subdelegare? vel, si talis caussa esset, quæ subdelegari non posset?

Quintum argumentum desumit Rim. iun. ex doctr. Baldi in auth. qua in prouincia, C. vbi de criminis agi oport. numero decimo, vbi Baldus dicit: delegatum, si deliquerit in caussa sibi delegata, posse conueniri coram ordinario illius loci. Respondetur: Baldum loqui quando iam delegatus functus est officio suo, & sic fecit litem suam iudicando, vt ipse loquitur.

Sextum argumentum est, quia consuetudo videtur hanc rem interpretari, vt dicebat Lap. in d. consil. Respondetur; Doct. attestanti aliquid de consuetudine non esse credendum, vt latissimè habentur auctoritates apud Mascardum, de probationibus, conclusio. 416.

Contrariam opinionem secutus est Cagnol. in dic. rubr. num. 111. quem secutus est Alfan. loco supra citato.

Primum argumentum est; quia delegatus Papæ dicitur esse officialis, vt probatur ex toto titul. de off. deleg. & dicitur officialis alicuius etiam is, qui vices gerit alterius, clem. 2. de rescr. & ibi gl. vbi Vicarius dicitur officialis Episcopi, cap. Romana & ibi glos. de app. in sexto. Respondet Riminal. iun. vbi sup. delegatum Papæ dici officialem, sed non officialem Papæ; quia ille genitiuus Papæ restringit significationem verbi generalis, ex doctr. Bart. in l. sed si adijciatur, ff. pro socio. Sed replicat Alfanus delegato Papæ conuenire, vt non solum dicatur officialis; sed officialis Papæ; quia proprium officium Papæ est, iustitiam facere suis subditis, tex. est in l. vlt. C. si contra ius vel vtil. publ. Verior igitur est responsio, si dicamus; delegatum Papæ esse quidem officialem Papæ, sed non talem, qui sit occupatus in seruitio immediato ipsius Papæ, vel Sedis Apostolicæ, de quo officiali loquuntur tex. dd. extrauag.

Secundum, Alfanus ponderat textum in d. cap. cum Matthæus ibi. *Hæc nostra, & Apostolicæ Sedis reuerentia, & honore post positis*, quæ ratio militat in delegato Papæ, c. sanè, il 2. de off. delegat. Responderi potest, id procedere, quando officiales Papæ ab ordinatijs impediuntur, quominus propriè exerceantur officia illis incumbentia. Quod non videtur locum habere in istis delegatis, quia non sunt occupati in obsequio, & seruitio Papæ.

Tertium argumentum desumitur ex verbis d. capit. cum Matthæus, quatenus loquitur de nuntijs Apostolicis: Potest enim fieri, vt nuntij sint iudices delegati in aliqua caussa particulari. Responderi potest, Nuntios solere mitti pro negotijs Sedis Apostolicæ, non autem pro caussis priuatorum solis. Quo casu, quando sunt nuntij generales, proculdubio comprehenduntur in d d. constitutionibus, licet etiam delegati sint ad aliquam particularem caussam.

Postremum argumentum est ex illis verbis cap. diuina. *Nec contra officiales præfatos, quocunque nomine nuncupentur.* Nam verba hæc vniuersalia sunt, & ideo videtur comprehendere omnes officiales. Respondetur, hæc verba restringi per antecedentia, & subsequentia, in quibus fit mentio de officialibus existentibus, in obsequio Sedis Apostolicæ. Hæc sunt quæ ab alijs iacta fuere.

Ego puto communem opinionem veram esse, & primo moueor ex verbis d. cap. cum Matthæus, in quibus fit mentio, cur S. Pontif. fecerit illam constitutionem, quia, f. fuerat excommunicatus à quodam inqui-

inquisitore quidam suus Capellanus, & Campaniæ maritimæ rector. Omnes igitur Capellani, cubicularij & cæteri occupati in seruitio S. Pontificis, necnon etiam rectores terrarum ciuitatum, & prouinciarum pro S. Pontifice continentur in illa constitutione. Hic est verus sensus, iudicio meo, d. capit. cum Matthæus. Cùm igitur delegatus Principis non habeat aliquod simile officium: sed occupatus sit in vna caussa, vel altera priuata sibi commissa per S. Pontificem; non videtur esse comprehensus in illa constitutione; cùm sit persona priuata, & non publica, sicunt sunt Rectores, Nuntij & similes. Eodem modo loquitur Eugenius Quartus in d. cap. diuinæ, quia semper loquitur de officialibus, qui sunt in obsequijs Sedis Apostolicæ. Quæ verba verificari videntur in officialibus, qui habent ordinariam iurisdictionem, & sunt personæ publicæ: non autem in eiusmodi delegatis. Obsequium enim nil aliud est, quàm obedientia, lege 1. ff. de re iudic. & in obsequijs dicitur quis, quando quis semper obedit, non autem, si aliquando.

Secundò moueor: quia, cùm hæc res sit dubia; standum est consuetudini, l. si de interpretatione, de legib. Non obstat, quod Doctori asserenti de consuetudine non sit credendum: quia verius est credendum esse Bartol. in repet. l. de quibus, num. 21. de legib. quia saltem præsumptiuè probant secundum communiorem sententiam, de qua fidem facit Mascard. de probat. vol. 1. concl. 426.

CAPVT LXXXVIII.

Potestas Pistorij, an dici possit officialis communis Florentiæ?

QVinta quæstio est Doctorum in eadem rubr. de off. eius, an potestas Pistorij dici possit Officialis communis Florentiæ. Hoc verbum potestas Latinè significat prętorem, vsurpaturque a nostris Iurisconsultis, vt patet ex l. fideiussor, 26. ff. de pignor. & alibi.

Communis sententia est: non posse dici. Ita Decius in eadem rubr. & ante eum Nellus in tract. Bannitorum, in 2. par. 2. temporis, q. 66. sequitur Cagnol. circa finem commentarij, & communem esse fatetur Bolog. num. 45.

Primum argumentum est ex l. voluit, §. 1. ff. de interrog. action. quo vsus est Nellus loco citato & concordat tex. in leg. 3. §. 1. ff. quod met. caus. in istis locis fit mentio magistratuum populi Romani, & separatim etiam fit mentio Præsidum prouinciarum per dictionem disiunctiuam vel, quæ dictio ponitur inter diuersa, vt notat Ias. in auth. qui rem, num. 2. C. de sacrosanct. Eccles. ergo infertur. Præsides prouinciarum non posse dici Officiales populi Romani. Respondet Rim. iun. in eadem rub. nu. 131. illam dictionem vel, exponendam esse pro, id est, sicut aliquando exponi solere constat, maximè quando ponitur inter genus, & speciem, ex leg. 2. & ibi glos. in versic. pecudem, ff. ad leg. Aquiliam. Verùm, hæc responsio impugnatur, & meritò per Alfanum num. 117. quia sequeretur, quod soli Præsides prouinciarum continerentur illis legibus; non autem Magistratus, qui Romæ ius dicebant. Hoc autem est absurdum, quia textus in d. leg. voluit, §. 1. declarat, quis dicatur in iure interrogatus; & dicit, in iure interrogatum dici eum, qui interrogatus est apud Magistratus populi Romani, vel Præsides prouinciarum. Si accipiatur dictio (vel) pro (id est) sequitur, in iure interrogatum dici eum tantummodo, qui interrogatur apud Præ-

A sides: quod est absurdum. Eadem absurditas viget exponendo vel, pro, id est, in d. l. 3. §. 1. quia stante dicta expositione, non esset locus edicto, quod metus caussa; nisi quando Præsides prouinciarum inijcerent metum. Addo ego, hanc expositionem consistere nullo modo posse: quia tex. in d. l. voluit, §. 1. continet duas alternatiuas. Ait. n. *vel præsides prouinciarum, vel alios iudices*, oporteret ergo exponere (vel) pro (id est) hoc modo, id est, Præsides prouinciarum, id est, alios iudices: quod esset ridiculum.

Respondet igitur Pyrrhus Iurisconsultum in dd. locis locutum esse de Magistratibus populi Romani, & de Præsidib. prouinciarum, vt eos designaret ex loco, in quo ius diceret: quia, si appellasset eos magistratus Principis, eius declaratio nimis confusa fuisset: ideò non potest inferri, præsides prouinciarum non esse magistratus populi Romani.

Melior est responsio, si dicamus: Præsides prouincia-
B rum fuisse constitutos ab Imperatoribus, l. 1. ff. ad l. Iul. de ambitu, merito non potuisse appellari Magistratus populi Romani. Potestas verò Pistorij creabatur à cōmuni Florentiæ. meritò videtur dici potuisse Officialem communis Florentiæ.

Secundum argumentum est Decij ex l. hos accusare, ff. de accusatio. vbi Magistratus populi Romani commemorantur separatim ab alijs Officialibus, qui extra vrbem mittebantur. Respondet Rim. iun. factam fuisse mentionem singulorum Officialium, & postea magistratuum popoli Romani, vt omnes comprehenderentur. Non placet hæc responsio: quia sufficiebat mentio generalis omnium magistratuum populi Romani, & sic superflua fuisset commemoratio aliorum contra textum in l. si quando, de leg. 1. & in c. si Papa, de priuil. lib. 6. item, quia ad cognitionem specierum debet præcedere cognitio generis, l. 1. & ibi notat Bar. ff. si cer. petat. Potest igitur responderi, vt supra responsum est, ad
C primum argumentum.

Tertium argum. est ex menta Cagnoli. Causa proxima debet attendi, & non remota, l. si mulier, ff. de eo, quod metus caus. glos. in vers. vtilis in l. si mulier; ff. de actio. rer. amot. ergo debet dici Officialis Pistorij, cum Pistorium sit caussa proxima, & commune Florentiæ caussa remota. Hoc argumentum nullius est momenti; quia, (vt dicebat Rim. iun.) tunc attenditur caussa proxima, quando potest operari sine remota. Si non possit operari sine remota; effectus attribuitur caussæ remotæ, & non proximæ; doctr. Bald. in l. non eo minus, C. de accus. & Bart. in l. sed si vnius, §. 1. ff. de iniur. Sed nihil potest operari causa proxima, videlicet Pistorium, sine remota: nam commune Florentiæ creabat huiusmodi potestatem. Meritò effectus attribuendus esse videtur caussæ remotæ.

Quartum argumentum sumitur ex leg. sed licet, ff. de off. præsid. vbi Præsides prouinciarum dicuntur
D fungi vice omnium magistratuum Romæ. Hæc autem inter se differunt, aliquid esse tale; vel, eius vice fungi, & sic haberi pro tali, vt notat gloss. in l. mercis, l. 2. de verbor. sign. Respondet Rim. iun id esse verum: sed nihil aliud inferri posse, nisi Præsidem prouinciæ non esse Magistratum Romæ, quod est verissimum: quia Roma dicitur esse, quæ continetur intra muros & suburbia, l. 2. de verbor. signific. at non sequitur, quod dici non possint Magistratus communis Romæ.

Quintum argum. desumitur ex communi vsu loquendi, secundum quem statuta debent intelligi, Bart. in l. omnes populi, nu. 58. de iust. & iur. At communis vsus loquendi videtur esse, vt Officiales communis Florentiæ dicantur, qui ciuitatis Florentiæ curam habent, sicut Prætor vrbanus dicebatur, qui in vrbe Romana iura reddebat, l. 2. §. cumque consules, de orig. iuris. Respondent Pyrrhus & Rimin. iun. negando hunc

cam-

communem vsum loquendi. Quæ responsio confirmari potest: quoniam allegans communem vsum loquendi, id probare debet, Bart. in l. Labeo, de supel. leg. Non obstat exemplum Prætoris vrbani: quia idem esset dicendum in caso nostro, si statutum loqueretur de Officiali Florentiæ: posset enim dici Officialis Florentiæ. Et similiter, si statutũ loqueretur de Officiali Pistorij, esset intelligendum de Officiali, qui ius redderet io ipsa ciuitate Pistorij.

Coottariam sententiam secuti sunt Rim. iun. Pytth. Alfan. & Bologn. licet cum aliqua distinctioue, quotum atgumeota hæc fuot.

Primum est ex l. 2. §. post deinde Claud. de orig. iur. vbi fit mentio magistratuum, qui sunt in vrbe, & qui extra vrbem proficiscuntur: & tamen videntur esse ijdẽ magistratos populi Romani. Responderi potest: ex illo textu inferri, Magistratus qui extra vrbem proficiscuntur, dici magistratus: sed textus non dicit, quòd fiot magistratus populi Romani.

B

Secundum est Rim. ion. ex l. hos accusare, ff. de accusar. vbi Præses prouinciæ dicitur legatus Cæsaris: quia secundum literam Florentinam textus ita dicit: legatus Cæsaris, id est, Præses prouinciæ. Responderi potest: legatum Cæsaris necessario denominandom esse ab ipso Cæsare, qui eum mittit: quia non potest hoc verbum Legatus Cæsaris oetificari in eo, qui assistit curiæ, & regiminis Cæsaris. At in casu nostro considerari potest, Officialem communis Florentiæ eum esse, qui regat ciuitatem Florentinam.

Tertium est eiusdem Rim. ion. quia genitiuus denotat causam efficientem, vt cum dicimus: Liber Aristo, vel D. Iostin. quia à Iustiniano sit cooscriptus. Respondetur genitiuum aliquando etiam denotare causam materialem, vt cum dicimus: Præses prouinciæ. Tunc enim denotamus, noo caussam efficientem: sed materialem, circa quam Præses prouinciæ versatur: & sic Officialis communis Florentiæ dicendus esse videtur, qui regit ciuitatem; non autem, qui ab ea creatur.

C

Quartum argum. est ax l. vlt. ff. quis & à quo, iuncta l. Imperatores, §. 1. ff. de appel. vbi dicitur à iudice dato, à magistratib. populi Romani appellari ad ipsos Magistratus. Dicitur etiam à iudice dato à Præside prouinciæ, appellari ad ipsum Præsidem. Ergo Præses prouinciæ videtur esse Magistratus populi Romani. Respondet Pyrrhus: istud esse io iudice dato à Præside prouinciæ, vt appelletur ad Præsidem: quia io iudice dato à Præside eadem est ratio, quæ in iudice dato à Magistratu popoli Romani.

Quintum est Rim. iun. ex cap. cum aliquibus, de rescript. in 6. qui nihil probat, quod ad rem faciat: quoniam ibi tantùm hoc dicitur, si S. Poot. iusserit recipi aliquem in Canonicum eis, qui noo habebant auctoritatem recipiendi, Canonicum sic receptum, dici receptum auctoritate S. Pontificis: quod ad quęstionem nostram applicari non potest.

D

Sextum argumentum est eisdem Riminaldi, quod sumitur ex consil. vlt. Baldi lib. 4. secuodum aotiquam impressionem, vbi Bal. respondit: statutum Genuæ, quod officiales non possint recipere munera, locum habere etiam io officialibus, qui extra vrbem mittebantur. Respooderi potest: istud esse per extensionem: quia eadem ratio militat etiam io alijs officialibus l. plebiscito, de off. Præsid.

Septimum est Bolog. ex l. 2. §. Capta deinde Sardinia, de orig. iur. sed nihil probat: quia non dicit, prætores illos fuisse magistratus populi Romani; sed tantum modò probat fuisse prætores quorum aliqui vrbanis rebus; alij verò prouincialibus pręerant.

Vltimum argumentum est eiusdem Bologn. quod sumitur ex l. à diuo Pio, iuncto §. exequuntur, de re iud. vbi dicitur: magistratus populi Romani debere exequi sententias iudicum à se datorum, & similiter præsides Prouinciarum. Nihil est: quia ex hoc non infertur, præsidem dici magistrum popoli Romani, quoniam ratio istius legis est, quia eadem ratio militat in præside, sicut in alijs magistratibus. Immò secundùm Pytthum retorqueri potest ille textus, dum dicit: præsides prouinciarum exequi sententias Romæ dictas. Ex hoc enim apparet, ipsum non esse magistratum populi Romani. Hæc sunt ab alijs deducta & coosiderata.

A

Ego puto, sententiam cootrà commuoem esse veriorem tribus rationibus. Primò: quia omnia nostra facimus, quibus nostram impertimot auctoritatem, l. 2. §. omnia enim merito, C. de ueter. iur. enuclean. Secundò: quia effectus attribuitur primę caussæ, qoando secunda caussa non potest operari absqoe prima, ut supra dictum est ex Baldo in l. noo eo minus, C. de accusar. sed prima caussa est commonis Florentiæ.

B

Tertiò & ultimò: quia, cùm possit hæc deoominatio sumi iàm à loco, quàm à persona; ut uidelicet, officialis commuois Florentiæ possit dici ratione loci; in quo uersatur, & ratione Reipublicæ imperantis, uidetur denominatio sumenda potius à persona dominante, quàm à loco; cùm persona sit dignior, quam locus, arg. l. quæritur, de statu hom. & l. cum in diuersis, de religios. Hinc videmus in extrauag. ad regimen, de præben. & dignit. & in extrauag. cum Mathæus & in extrauag. diuina, Officiales Papæ ac Sedis Apostolicæ dici, qui mittuotur ad regendas ciuitates uel prouincias.

CAPVT LXXXIX.

An sit differentia inter iudicem dare, & iurisdictionem mandare?

C

POstrema quæstio est Dd. in eadem rubr. de off. eius, an differentia sit ioter iudicem dare, & iurisdictionem mandara. Qua io re duæ sunt contrariæ Dd. sententiæ. Voa est, differentiam esse: quia mandare iurisdictionem plus est, qoam dare iudicem, Soc. sen. in l. 1. §. vlt. ff. quis & à quo, Alciat. lib. 2. paradox. cap. 5. Bolog. in d. rub. num. 50. Didac. Couar. lib. 3. var. cap. vlt. num. 11. & multi alij, quos refert, & sequitur Ioseph. Gonsalez. cap. 15. var. iuris quæstionum, vbi testatur: hanc esse magis communem opin. quibus addi potest Duaren. ad tit. de iudic. cap. de iudicibus datis.

Primum argumentum desumitur ex lege cum prætor, §. 1. ff. de iud. vbi dicitur: eum quoque, cui mandata est iurisdictio, iudicem dare posse, veloti legatum proconsulis. Ergo plus est, mandare iurisdictionem; quam iudicem dare: quoniam iudex datus iudicem dare non potest, l. à iudice, C. de iudicijs.

D

Respondet Decius io d. rubr illum textum loqui de legato proconsulis, io quo est speciale: quia habet iurisdictionem sibi mandatam à lege, non autem ab homine, atque ita textus loquitur, & se ipsum coangustat & restringit. Replicat Bologne. exempla non restringere regulam, §. hactenus, instit. de grad. & ideò, licet Iurisconsultus ibi dederit exemplum de legato proconsulis: noo tamen restringi debet ad solum legatum proconsulis. Confirmat hoc Alfanus circa finem rubricę: quia ex præcedentibus declarantur sequentia, l. si seruus plurium, §. ult. de legat. 1. textus autem in uarbis præcedentibus dixit; eos iudicem dare posse, qoibus à lege id permissum est, veloti proconsul, inquit textus; & tamen constat, hoc exemplum proconsulis non restringere regula, illam ad solum proconsulem, cùm cæteri magistratus eandem habeant potestatem. Sed adhuc replicat

plicat Rim. in. iun. num. 158. licet exempla non restringant regulam: declarant tamen, in quibus terminis regula sit intelligenda, Bart. in l. damni infecti, 30. de damn. infecto, consequenter illa regula locum habebit tam in legato proconsulis, quam in similibus, veluti est delegatus à Prætore, qui est similis legato proconsulis, l. 1. §. damus, de suspect. tutor. sed non habebit locum generaliter in omnibus illis quibus mandata est iurisdictio.

Secundum argumentum est ex l. prima, §. vltimo, ff. quis & à quo. vbi à iudice dato appellatur ad eum, qui dedit d. l. prima, in princip. sed ab eo, cui mandata est iurisdictio, non appellatur ad eum, qui mandauit iurisdictionem: sed ad superiorem mandantis, vt in d. §. vlt. Ergo differt iudex datus ab eo, cui mandata est iurisdictio.

Respondet Decius: illum textum habere plures intellectus, & ideò allegari non posse ex doctrina Bartol. in l. in ambiguo, de reb. dub. At replicat Pirrhus num. 135. hoc esse uerum, quando lex habet varios sensus inuicem contrarios; secus autem, si sint diuersi, adducens Io. And. in cap. 1. de rescript. in 6. Secundo replicat Bologn. illum textum esse clarum: non autem ambiguum.

Secundo igitur loco respondet Bologn. numero 52. & 53. Necesse esse, illum textum intelligere secundum intellectum glossæ, quod loquatur de subdelegato delegati, vt sensus sit: si quis mandauerit iurisdictionem alicui, & iste subdelegauerit in casibus, in quibus hoc permissum est, à sententia talis subdelegati appellandum est non ad subdelegantem: sed ad ordinarium, qui delegauit. Et hoc modo nulla erit differentia respectu appellationis inter iudicem datum & eum, cui mandata est iurisdictio, quia etiam à sententia iudicis dati appellari debet ad dantem, qui est ordinarius. Quod autem hic intellectus sit necessario, accipiendus, inquit Bolognetus probari ex l. 2. ff. eodem tit. quis & à quo, quatenus ibi dicitur à legato proconsulis appellari ad proconsulem. Nam legato proconsulis mandata est iurisdictio: & tamen appellatur ad proconsulem mandantem; non autem ad superiorem proconsulis mandantis, prout fieri deberet secundum regulam d. l. primæ, si sensus d. l. 1. hic esset, vt à sententia eius, cui mandata est iurisdictio appellari deberet, non ad mandantem; sed ad superiorem mandantis.

Hic est error manifestus, iudicio meo: quia textus in d. l. prima, clarè dicit: appellari debere ad superiorem mandantis, nec vlla fit mentio subdelegati, vt propterea exemplum de subdelegante, & subdelegato sit merum vaticinium. Non obstat textus in d. l. 2. vbi à legato proconsulis appellatur ad proconsulem; quia aduertendum est, nullam esse suspicionem de proconsule, quoniam legatus proconsulis datur à D lege, non à proconsule. Eligebatur enim legatus à populo Romano, vel à Principe, non autem ab ipso proconsule, Carolus Sigonius de antiq. iur. ciu. Roman. lib. 2. cap. 2. & alij quos adducit Matthe. numero 123. & Cuiacius ad l. 1. ff. de off. eius: sed in alijs mandantibus iurisdictionem suam alia erat ratio: quia is, qui mandabat iurisdictionem, & is cui mandata erat iurisdictio, videbatur esse vnum, & idem tribunal. Sicut dicimus de officialibus Episcopi, cap. Romana, de appell. in 6. merito appellandum erat ad superiorem mandantis. vt in d. l. 1.

Tertio respondet Rimin. iun. numero 167. ex illis duobus textibus probari, esse aliquam differentiam, inter iudicem dare, & iurisdictionem mandare: & inter iudicem datum, & eum, cui mandata est iurisdictio, quantum ad ipsas partes; non autem respectu ipsorum iudicum. Illi enim non differunt, licet partes debent appellare aliter à sententia iudicis dati,

A quàm a sententia eius, cui mandata est iurisdictio.

Tertium argumentum sumitur ex l. imperium, de iurisd. omn. iud. vbi iurisdictio est iudicis dandi licentia. Ergo is, cui mandata est iurisdictio, poterit iudicem dare; quod tamen iudex datus facere non potest, d. l. à iudice, C. de iudic. Respondet Decius: illum textum esse intelligendum de iurisdictione ordinaria: non autem de iurisdictione delegata. Hæc responsio damnatur à Pirrho. Primò ex l. prima, §. Damus, de suspect. tuto. vbi iurisdictione mandata transit totum officium iurisdicendi ipsius mandantis. Ergo & potestas iudicis dandi. Secundò: quia textus ille loquitur generaliter & indistinctè. Tertiò: quia illa lex posita est sub titulo de iurisdictione om. iudicum, qui communis est tam iurisdictioni ordinariæ, quam delegatæ.

Vltimum argumentum est: Ordinarius iudex potest cognoscere, vel iudicem dare, l. generaliter, l. sæpe audiui, de off. præsid. cum iudicem dat, cognitionem tantum caussæ videtur committere, & iudex iudiciario munere dicitur fungi, l. à iudice, C. de iudic. At, cum iurisdictionem mandat, vtramque facultatem permittere videtur. Respondet Decius: illa uerba, quod iudex datus iudiciario munere fungatur, nihil aliud significare, nisi quod iurisdict. non habet iure proprio: & cum habeat iurisdictionem, & non possit iudicem dare, non uidetur differre ab eo, cui mandata est iurisdictio: quia ex hoc apparet eum, qui iurisdictionem non habet, iure proprio iudicem dare non posse.

Contrariam sententiam amplexus est Decius in d. rub. vbi dicit: esse communem opinionem, & ibidem Cagnol. num. 23. necnon Rim. iun. nu. 167. Argumenta sunt ista.

Primum est ex l. 1. §. vlt. de off. eius. & ex l. vlt. eod. tit. & ex l. more, de iurisd. omn. iud. iuncta l. à iudice, C. de iudic. quibus in locis habetur eum, cui mandata est iurisdictio, nihil proprium habere, & eam mandare non posse. Ergo non differt à iudice dato: quoniam & is iudicem dare non potest, d. l. a iudice, Respondet Bolog. eum, cui mandata est iurisdictio, eam mandare non posse: & istud est, quod dicunt leges allegatæ. Sed non dicunt eum, cui mandata est iurisdictio, iudicem dare non posse: & hoc modo respondet etiam Alfan. num. 131. Replicat tamen Rim. iun. in hoc æquiparari iudicem datum, & eum cui mandata est iurisdictio; quod ille nihil proprium habere dicitur, & iste iudiciario munere fungitur, quod significat: nihil eum habere, quod sibi competat iure proprio, vt declarat glossa in d. l. a iudice. Hæc replicatio nihil valet: quoniam is, cui mandata est iurisdictio, dicitur eam habere, licet alieno beneficio: sed iudex datus non dicitur habere iurisdictionem, sed iudiciario munere fungi, id est, cognitionem habere, & potestatem iudicandi, l. ait Prætor, de re iudic.

Secundum argum. est ex l. 1. & ex l. imperium, de iurisd. om. iud. vbi dicitur: iurisdictionem esse iudicis dandi licentiam, & ius dicentis officium latissimum esse, & consistere etiam in iudice dando. Si enim plus esset, mandare iurisdictionem, quam iudicem dare, Iurisc. dixisset officium ius dicentis, & iurisdictionem esse licentiam mandandæ iurisdictionis; quia sub his uerbis plura comprehendisset. Respondet Pirrhus; multa alia fuisse ibi prætermissa, quæ pertinent ad officium ius dicentis, atque etiam ad iurisdictionem, nec fuisse opus eximere hanc potestatem mandandæ iurisdictionis: quia tacitè intelligebatur eis competere, sicut quilibet constituere potest procuratorem, & is, cui mandata est iurisdictio, procurator esse uideatur mandantis, l. & quia, de iurisd. om. iud.

Tertium

Tertium argumentum est ex d.l. Et quia, vbi dicitur: morte mandantis re integra mandatam iurisdictionem expirare: nam, si iudex datus differret ab eo, cui mandata est iurisdictio, morte mandantis re integra non desineret esse iudex, quod videtur esse absurdum, & contra mentem omnium Doctorum in d. l. & quia. Respondetur: etsi in hoc æquiparentur iudex datus, & is, cui mandata est iurisdictio: non tamē sequitur, idem esse & in alijs non differre. Hæc sunt, quæ alij.

Ego sic statuo: iudicem datum, & eum, cui mandata est iurisdictio, differre ab inuicem origine essentia, & potestate.

Origine primò quidem differunt: quoniam iudices dabantur plerumque ex consensu partium, vt patet ex l. ex consensu, ff. de appellatio. ex l. quidam, de re indic. ex l. obseruandum, & ex l. si in iudic. de iudi. At iurisdictio non mandabatur ex consensu partium, B sed ad libitum magistratus, l. solet, de off. Proconsul. & l. Prætor, l. solet, ff. de iurisd. omn. iud. nullum enim hac de re testimonium inuenire licet. Et hanc puto caussam esse, cur pater possit esse iudex in causa filij, l. in priuatis, ff. de iudicijs, non autem ius dicere, l. qui iurisdictioni, de iurisd. omn. iud. quia scilicet, iudex dabatur cum consensu partium.

Secundò differunt in substantia: quia is, cui mandata est iurisdictio, dicitur habere iurisdictionem: licet alieno beneficio, d. l. more. At iudex datus non habet iurisdictionem: sed cognitionem tantum, l. at Prætor, de re iudic.

Tertiò, Potestate differunt: quia in eum, cui mandata est iurisdictio, transit omne officium ius dicentis, l. 1. §. damus, de suspect. tutor. At in iudicem datum non transit, nisi munus iudicandi, d. l. a iudice. Secundò, quia is cui mandata est iurisdictio, potest iudicem C dare; vt patet ex d. l. cum Prætor, §. 1. At iudex datus non potest hoc facere, d. l. à iudice.

CAPVT XC.

An sint quinque dignitatum gradus; anverò quatuor, vel tres?

Disputant præterea Doctores in l. 1. de off. eius, quot sint gradus dignitatum. In qua quidem quæstione tres sunt sententiæ diuersæ.

Vna & communis est, quinque esse gradus. Alios enim appellari superillustres, alios illustres, alios spectabiles, alios clarissimos, & alios infimos, glossa in verbo magnificentissimos, in auth. vt ab illustribus, quæ est Nou. 71. Bartol. in dicta l. 1. & ibi Decius in princip. testatur, communem esse. Cagnol. num. 2. Bolog. fatetur esse communem num. 5. Duaren. ad tit. de senator. in princip. & anniuers. libro 2. cap. 1. Cuiac. ad l. 1. C. de dignit. lib. 12. Fundamentum est in l. si quando, C. de appel. in illis verbis: *siue illustri dignitate decoretur siue etiam maiori*. & in Auth. vt ab illustrib. & qui super eos sunt, & in §. in summa, Instit. de iniur. ibi, *vt viri illustres quibus super eos sunt*. Et in l. eos, §. 1. C. de vsuris, ibi: *quique eos præcedunt*, & in l. vltim. ff. de senatoribus, ponderando verbum (descendunt.) Existimant autem, istos esse viros consulares, & patritios, arg. l. 3. C. de consulib. lib. 12. vel, qui actu sunt illustres cum administratione arg. l. 2. C. vt dignit. ordo seruet. vel Præfectum vrbi, quem præcedere omnes alios, dicit text. in l. 3. C. de off. præf. vrbis. Nec desunt, qui Papam & Imperatorem ponunt in numero superillustrium, vt Specul. in tit. de iurisd. omn. iud. in princ.

Qui contrariam sententiam amplectuntur, dicunt: gradum superillustrium esse quandam adiectionem, quæ non constituit diuersam speciem. Quibus Decius A respondet: non videri sine mysterio in dictis locis factam esse mentionem superillustrium, & ideò quinque gradus omnino constituendos esse. Confirmat Alfianus in princip. d. l. 1. hanc responsionem: quia, si superillustris est adiectio quædam. Ergo est qualitas: ergo constituet nouam dignitatem, & nouum gradū, cum dignitas nihil aliud sit, quam qualitas. Aliam igitur ipse Pyrrhus adfert responsionem, dicens; quosdam fuisse illustres, qui alijs illustribus viris præferebantur, veluti Consulares, & Patricij, adducens textum in dicta l. 3. C. de consul. & in dicta l. vltim. ff. de senatorib. & consequenter eos, qui superillustres esse dicuntur, ex ordine illustrium esse: sed appellari superillustres, eò quod cæteris prærogatiua quadam præferantur.

Altera fuit opinio Gulielmi de Cuneo: tres tantum esse gradus, videlicet; maiores, medios, & minores. Fundamentum est in §. seruabunt, in auth. de B non alienan. reb. Eccles. Respondet Alexand. in d. l. 1. sub numero 17. Spectabiles tenere medium locum inter gradus istorum Magistratuum, videlicet; inter superillustres & illustres & inter clarissimos, & infimos. Pro ea sententia adducit Decius textum, in §. illud, in auth. de appellatio. vbi textus dicit: Magistratus alios fuisse maiores, alios medios, alios minores. Cui textui respondetur per Decium: illam diuisionem non excludere alteram diuisionem magis generalem, quæ facit quinque gradus, & medios esse inter illustres, & superillustres, clarissimos, & infimos.

Tertia est sententia glossæ in d. l. 1. in ver. tribuuntur, quatuor esse gradus, Curt. iun. ibidem, videlicet; alios illustres, alios spectabiles, alios clarissimos, & alios infimos.

Fundamentum est in l. vlt. C. vt dignit. ordo seruet. vbi enumerantur dignitates, & initium fit ab illustrib. C Ergo non uidetur dari alius gradus super illustres. Respondet Decius, illa iura non excludere Papam & Imperatorem, quia eorum auctoritas semper excepta intelligitur, c. venientes, de iureiur.

Ego in proposito huius quæstionis duo animaduerti, superioribus dictis adiungi posse. Primum est, quę de Papa & Imperatore considerata fuere, aliena esse à proposita materia, cum hic agatur de gradibus, & dignitatibus magistratuum. Papa verò & Imperator sunt supra omnes magistratus, ut notum est. Alterum est, sustineri posse communem sententiam, quia negari non potest, quin reperiantur aliqui, qui dignitate præcedunt illustres esse magistratus. Ergo nihil proponitur, cur sortiri hoc nomen non possint, vt superillustres dicantur: & nihil ea in re moror Alciati rationem, quod hæc vox (super illustris) non sit satis latina, quoniam post tempora Iurisconsultorum latinitatis illa puritas & candor longe diminutus fuit, ut D multæ passim voces & vocabula parum latina facilè reperiantur.

Et, quoniam in iure nostro facilè species confinguntur per additionem qualitatis, uel diminutioné, l. ius ciuile, de iustit. & iure, & patet in vsu & in vsufructu; in culpa lata, leui, & leuissima: et in possessione naturali, et ciuili, et in plurimis alijs exemplis, facilè contenerio, ut hæc adiectio, seu qualitas maioris dignitatis in persona illustri eam faciat superillustrem, et nouam speciem constituat. Hæc tantum de scholastica quæstione. Vide de hac re Cassaneum in Catalogo gloriæ mundi, par. 7. consid. 1. et 2.

CAPVT

CAPVT XCI.

Ad l. 1. de off. eius.

RAtio dubitandi circa primam partem textus oritur ex illis verbis: *mandata iurisdictione non transferuntur*. Nam iurisdictio in genere continet in se etiam merum imperium, vt probatur in l. nostra ibi: *iurisdictionem suam mandat* quæ verba significant merum imperium, vt notat Bartol. in l. imperium, num. 4. de iurisd. omn. iud. Ergo malè dicit Iurisconsultus *mandata iurisdictione non transferri*, maximè quia dicit textus in l. 1. §. damus, de suspect. tutor. mandata iurisdictione officium iurisdicentis transferri: ergo transfertur etiam merum imperium. Nec obstat, si dicatur: merum imperium non posse specialiter transferri, & propterea non venire in generali translatione iurisdictionis: quia obstat regula, l. quædam, de acq. rer. dom. vbi quædam transeunt cum vniuersitate, quæ specialiter non transirent, & in c. ex litteris, de iure patron.

Secundò, quatenus textus dicit errare magistratus, qui mandant alteri caussas meri imperij. Primò ex l. Prætor & ex l. solet, de iurisd. omn. iud. vbi prætor potest vel totam suam iurisdictionem mandare, vel partem eius. Ergo poterit mandare hanc partem, quæ spectat ad merum imperium. Secundò ex l. solet, de off. procons. & leg. vbi proconsul potest mandare legatis cognitionem custodiarum. Tertiò ex l. more, de iurisd. omn. iud. vbi is mandare potest iurisdictionem, qui eam suo iure habet. Ergo similiter & caussas meri imperij: quia magistratus eas habet suo iure, tanquam ordinarius à lege constitutus. Quartò: quia caussæ meri imperij cognoscuntur à magistratibus illustribus, prout est præfectus vrbi & proconsul. Ergo videntur posse eas delegare: quia personæ illustres possunt constituere procuratorem in suis caussis: immò tenentur litigare per procuratorem, l. penul. Codice, de procur. cum auth. ibi &c. valet argumentum de mandato procuratoris ad mandatum iurisdictionis, l. &c. quia de iurisd. omn. iud. Eneran. in loco à mand. procur. ad mand. iurisd. Quintò sumi potest ratio dubitandi ex l. Gracchus, C. de adult. vbi lex permittit patri, qui est priuata persona, ut possit occidere adulterum tam per se, quàm per filium suum: & sic potest mandare filio hanc potestatem, quę tamen concernit merum imperium.

Sextò: quia, ut quis non possit facere per alium, duo requiruntur. Primò natura actus, quę sit talis, ut nequeat per alium expediri quam personam electam. Secundò, ut expreisè ita disponatur, ut non possit per alium expediri, l. unica, §. ne autem, C. de cad. toll. sed in casu nostro etiamsi qualitas caussę esset huius naturę: non tamen concurrit dispositio legis.

Quibus non obstantibus, contrarium fuit decisum. Ratio autem decidendi est quia in generali commissione non uenit id, quod specialiter mandari nō potest, cap. à nobis, de sent. excommunic. cap. a. de iurcior. in 6. Sed caussę meri imperij non possunt mandari specialiter, l. Nemo potest gladij, de reg. iur. Mertò non ueniunt in generali commissione.

Ratio autem, cur caussę meri imperij non possint delegari, est in textu: quia scilicet, specialiter legibus, Senatusc. & Constitutionibus Principum tribuuntur certis magistratibus. Nam ex hoc intelligitur, mentem legum vel Senatusc. vel Principis hanc esse, vt illi magistratus cognoscant per se, non autem per alios. Huius rei fortissimum argumentū est

A (inquit textus) quòd lex hoc eis permittit, si eos abesse contigerit. Cur autem hæc sit mens legis & Principis siue senatus, id non est expressum in textu, vt videbimus infra suo loco.

Non obstant rationes dubitandi. Ad primam respondeo: licet Iurisdictio in genere comprehendat merum imperium: non tamen sequitur, mandata iurisdictione conferri mandatas caussas meri imperij; cum istæ specialiter mandari non possint: Et ideò in generali commissione non veniant. Non obstat regula l. quædam, de acq. rer. dom. quia respondetur eam non habere locum in his, quæ sunt iurisdictionis, & procedere speciali fauore heredes, qui censentur, vna & eadem persona cum defuncto. Item c. licet, de off. Vicar. in 6. d. l. intelligendam esse in certis casibus tantùm, vt bene declarat Menoch. de arbitr. q. 54. num. 49. Non obstat textus in d. l. 1. §. Damus, in fine. quia concedo, omne officium iurisdicentis transire, sed ne-
B go ex hoc transire merum imperium, ob rationem superiùs dictam. Non obstat tex. in l. Prætor, & l. solet, de iuris. om. iud. quia loquuntur de iurisdictione in specie: nō autem in genere, quatenus continet merum imperium.

Ad tex. in l. solet, de off. procons. respondeo: mandatum illud extraordinarium esse, (vt inquit ibi textus) & ideo non esse trahendum in consequentiam; cum res sit inusitata & permissa tantum proconsuli ob eius occupationes, ex caussis belli; & non est permissa nisi examinatio & cognitio (vt ibi dicitur) non autem permissa est absolutio vel condemnatio; licet Corasius ibi contrarium putet de absolutione contra verba clarissima ipsius textus.

Ad l. More, respondeo, vt suprà, ad l. Prætor & l. solet, de iuris. om. iud. ad l. pen. C. de procur. respondeo, rationem esse diuersitatis. Prohibentur magistratus committere causas meri imperij, quoniam
C ipsi possunt cognoscere & definire. Prohibentur litigare per procuratorem personæ illustres: quia deberent stare & non sedere in loco superiore, quod esset indecorum.

Ad tex. in l. Gracchus respondeo: ibi agi de executione facti; non autem iuris, quod etiam magistratibus permissum est; quatenus mandare possunt, vt condemnatus debitis plectatur supplicijs.

Ad vlt. respondeo: hic adesse naturam caussę & mentem legis ac Principis, quę simul ad impediendam delegationem concurrunt, vt patet ex sup. dictis. Quę verò iure magistratus competunt, mandari possunt: quia in istis cessat ratio supra dicta.

Quęri potest; cur specialiter huiusmodi caussę committantur certis magistratibus ea intentione, vt non possint eas delegare? Respondet Alex. in d. l. 1. rationem esse; quia committuntur maioribus magistrati-
D bus & idcircò ex qualitate personę eorum videtur electa industria personę, argu. tex. in l. 1. ff. de off. pręf. Pretor. Hęc solutio non placet Decio, nisi dicatur: habitam fuisse rationem & etiam grauitatis ipsarum caussarum; & sic dicendum videtur electam fuisse industriam personę, considerata dignitate magistratuum & grauitate causarum, l. inter artifices, ff. de solut. l. un. §. ne autem. C. de cad. toll. c. fin. §. vlt. de off. de leg. quia si tantum haberetur ratio dignitatis magistratuum ad ad hoc, ut censeretur electa industria personę; sequeretur, quod isti maiores magistratus non possent ullam causam delegare quod tamen est falsum. Quę solutio Decij non satisfacit Rnu. iun. numero 167. quia, quod causa delegari non possit, pendet ex voluntate superioris, d. l. unic. §. nec autem, & quia qualitas rei non transit de subiecto in subiectum: & ideo industria personę uidetur consideranda: quia posset alius magistratus æque idoneus reperiri, cui delegari posset; quod tamen non licet.

Tertiam

A Tertiam igitur rationem adducit Alciat. libro 2. paradox. cap. 6. dicens: merum Imperium non transire in delegatum; quia apud Principem solum remanet. Cæteri enim magistratus habent tantum exercitium, vt in d. l. 1. in illis verbis: *Publici iudicij exercitationem*. Non placet Cagn. num. 33. quia DD. communiter volunt magistratibus ordinarijs, competere ius & proprietatem meri imperij: non autem vsum, vel exercitium tantùm ad differentiam delegatorum, qui nihil proprium habent, vt d. leg. prima, §. vlt. in eod. tit. Non obstant verba d. l. 1. ibi: *exercitationem*, quia magistratus ordinarij habent vtrumque, scilicet, ius & exercitium. Hæc est opinio communiter recepta teste Riminaldo iun. in d. l. 1. numero 89. contra sententiam Henrici Imp. aduersus Azonem latam pro Lothario Iurisc. qui lucratus est equum, licet non fuerit æquum, vt dicebat Azo.

Quarta ratio adducitur à Pyrrho Alfano. num. 55. in d. lege 1. ideò caussas meri Imperij delegari non posse: B quia quod attinet ad caussas meri Imperij ordinarij Magistratus non habent iurisdictionem, sed tantum cognitionem, & exercitium, vt patet in d. leg. 1. in versic. cognitionem, & argum. tex. in l. 1. ff. ad Turpil. ibi. *in capitalibus caussis facti quidem quæstio in arbitrio iudicantis est: pœnæ vero persecutio non eius voluntati mandatur, &c.* eadem verba scripta sunt in l. ordine, ff. ad municipalem.

Hæc responsio recidit in responsionem Alciati, qui dicebat: magistratus ordinarios non habere proprietatem Imperij: sed vsum tantùm & exercitium: cum tamé communis sententia sit, habere proprietatem, vt testatur Rim. iun. in d. l. 1. n. 80.

Non obstat textus in verbo (cognitionem;) quia fatentur DD. habere etiam cognitionem: sed non infertur; ergo non habent etiam proprietatem: quia textus non dicit cognitionem tantùm, & sic non loquitur taxatiuè. C

Non obstant leges adductæ ad probandum, quod facti quæstio sit in arbitrio iudicantis; non autem pœnæ persecutio. Nam hoc argumentum retorqueri potest. Constat enim magistratus hodie habere arbitrium imponendi pœnas maiores vel minores secundum circumstantias facti & personarum, l. Hodie, & l. Respiciendum, ff. de pœn. Textus autem in d. leg. 1. ad Turp. & d. l. ordine, ad monicip. cum similibus debent intelligi, quando pœna est certa & determinata à lege, nec subest aliqua caussa eam augendi vel diminuendi, nouiss. declarat Tiraq. de pœn. in præfat. n. 1. Menoch. de arb. q. 96. n. 10. & n. 14.

Ego puto nullam meliorem esse rationem, quàm si dicamus; idcirco caussas meri Imperij delegari non posse: quia in his censetur electa industria personæ, vt est textus in c. vlt. §. is autem, de off. delegat.

Non obstat, quod dicitur: posse inueniri alium æquè idoneum, cui fiat delegatio; quia hoc est verum; sed D tamen eius persona non est cognita, nec approbata à Principe. Non obstat, quod dicitur per Rimin. iun. numero 77. quòd qui delegari non possit, pendere ex qualitate rei & ex voluntate superioris: quia hoc fateor verum esse, sed dico, concurrere qualitatem rei & voluntatem superioris in casu nostro: quia censetur electa industria personæ propter grauitatem causæ, quæ est meri Imperij, & Princeps eligendo certos magistratus, quibus tales caussas committit, videtur satis mentem suam declarare, quod nolit ab alijs cognosci, & exerceri, vt in d. lege 1. vers. huius rei fortissimum argumentum est.

CAPVT XCII.

Vtrùm ius delegandi competat tam maioribus, quàm minoribus Magistratibus?

Communis est sententia: potestatem delegandi competere tàm maioribus quàm minoribus Magistratibus, ita glos. in l. 1. in versi. magistratus, Alex in l. More, num. 27. de iurisd. om. iud. communem esse testatur Decius in d. l. 1. in 1. not. alios citat Pirrhus ibid. num 16.

Argumenta sunt ista. Primum est in d. l. 1. in versic. quæ vero iure magistratus competunt, iuncta l. Imperium, de iurisdic. omn. iudic. nam, si mandari possunt ea, quæ iure magistratus competunt. Ergo quilibet magistratus, etiam minimus, hæc mandare poterit. Respondet Decius illa verba, *quæ verò iure magistratus* intelligenda esse de maioribus Magistratibus: non autem de minoribus. Quia dictio (verò) est aduersatiua, cuius natura est repetere præcedentia omnia, exceptis ijs, quibus aduersatur, vt docet Bat. in l. si mariti, §. vlt. ff. de adulter. Textus autem in verbis præcedentib. videtur loqui de maioribus Magistratibus. Sed replicat Alfanus negando, textum in verbis præcedentibus loqui de maioribus Magistratibus; cum loquitur tantummodò de caulis, quæ specialiter committuntur.

Secundum argumentum est ex l. cum prætor, §. 1. ff. de iudic. in verbo, cæteri Romæ magistratus. Nam appellatione cæterorum veniunt omnes, l. cæterorum, de verb. sign. Ergo omnes Magistratus tàm maiores quàm minores delegari possunt.

Respondet Decius, illud verbum (cæteri) denotare alios similes, sicut dicitur de dictione (alij,) quæ denotat similitudinem, adducens not. in cap. sedes de rescr. & voluit intelligere de notaris per Abbatem ibi, numero 13. est glo. uulg. in l. se fugitiui, in uers. alia, C. de seru. fugit.

Hæc responsio non est bona: quia dictio (cæteri) non denotat similitudinem, sicut dicitur de dictione (alij) ut est textus & l. eandem. & ibi notat Aretinus in 2. notab ff. de duob. reis. Et obiter notandum est: dictionem (alij) non semper denotare similitudinem, ut aduertit glos. in uerbo creditores, in l. Non solum, §. quæsitor, ff. de procur.

Secundò igitur Decius respondet: illum textum loqui de Magistratibus orbis Romæ, qui erant tantùm maiores, l. 2. §. Post originem, de orig iuris. Quod confirmari potest: quia textus ibi loquitur de magistratibus, qui habent Imperium, ibi. *propter uim Imperij*. At minimi magistratus non habent Imperium, l. Nec magistratibus, ff. de iniur.

Tertium argumentum est in l. More, de iurisd. om. iudic. ubi dicitur, eum posse delegare, qui suo iure habet iurisdictionem, non alieno beneficio. Ergo omnis Magistratus ordinarius poterit delegare. Respondet Decius, argumentum hoc ualere ad negandum; non autem ad affirmandum, hoc modo. Non habet suo iure, ergo delegare non potest. Non autem sic; habet suo iure, ergo delegare potest. Cagnolus reprehendit, sed bene monet Rimin. iun. numero 66. textus in d. l. more, recipere debet interpretationem ex l. cum Prætor, §. 1. Hoc modo. Qui iurisdictionem habet iure proprio, delegare potest, ut in d. lege more, scilicet, si sit ex maioribus Magistratibus, qui habent Imperium, & quibus lege uel more id concessum est, ut in d. lege cum Prætor, §. 1.

Quartum argumentum est in l. eum qui, de iurisd. omn. iudic. ponderando illa uerba, *in aliqua potestate*. Nam dictio (aliqua) uerificatur etiam in re minima, glo.

glos.in clem.1.de foro comp. in verf. parte aliqua. Re- A spondent Decius: illum textum esse intelligendum de maioribus Magistratibus, secundum exempla ibi posi-ta. Confirmatur hæc responsio secundum Rimin. iun. num. 44. & 45. quia Magistratus inferiores dicuntur esse sine potestate, l. Nec magistratibus, ff. de iniur. quia non habent Imperium, l. ea quæ, ff. ad municip. Potestatis autem verbum significat imperium, l. Potestatis, de verb. sign.

Non obstat illa dictio (aliqua) quia etsi verificetur re gulariter in qualibet re minima: hæc tamen regula non procedit, quando subiecta materia aliud suadet, vt est textus & ibi notat Tiraq. in verf. Aliquam, n. 21. in l. si vnquam, C. de reuoc. donatio.

Quintum argumentum est in l. vlt. ff. quis & à quo, ibi: *cuiuscunque ordinis*. Respondet Decius, loqui de magistratibus populi Romani, qui semper erant maiores. Adde secundum Rimin. iunior. n. 68. quod illa verba generalia debent recipere interpretationem de habilita- B te, vt docet Bald. in l. vlt. C. fine censu, l. vt gradatim, §. 1. de mun. & honor.

Sextum argumentum est in §. si verò, in auth. de exhib. reis. vbi agitur de iudica dato ab aliquo administratore, & ibi gl. in ver. aliquo, dicit etiam minimo. Respondet Alfanus: necessariò illum textum loqui & intelligendum esse de administratore maiore: quia supponit textus, eum posse mittere actorem in bonorum possessionem: quod minorib. magistratib. non est concessum, l. ea quæ, ff. ad municip.

Contrariam sententiam amplexus est Dec. hic, Bolog. & Rimin. iun. & ante omnes Fulgosius, & Soc. senior in l. 1. ff. quis & à quo. Gaspar Vallascus in l. Imperium, n. 17. de iurisd. om. iud.

Primum argum. est ex l. eum qui, de iurisd. omn. iudicum. vbi dicitur eum, qui iudicare debet magistratum esse oportere. Et dantur ibi exempla maiorum magistratuum, videlicet Proconsulis, Prætoris, & C Præsidis prouinciæ, qui sunt maiores. Respondet Purpurat. illum textum contrarium probare in illis verbis: *vel qui in aliqua potestate est*. quia hæc verba non possunt intelligi de proconsule & de alijs maioribus magistratibus: quoniam illi non dicuntur esse in aliqua potestate; sed in maxima potestate, leg. si in aliquam, §. vlt. de off. procons. & c. ideò tex. ille voluit includere tàm maiores, quam minores Magistratus. Sed & Socinus in lege 1. ff. quis & à quo, dicebat illum textum loqui de maioribus magistratibus, non ad eum finem vt teneat delegatio: sed vt delegans possit compellere delegatum. Sed istis responsionibus replicat Rim. iun. numero 42. cum pluribus. seq. quia, si caussa delegari potest ab istis minoribus ergo possunt compellere iudicem delegatum ad acceptandum, argum. lege fecunda, de iurisdict. omn. iudic. & l. mune- D rum, §. iudicandi, de muner. & honor. & quod attinet ad illa verba, in aliqua potestate, nihil obstant: quia hoc dicere voluit Iurisconsul. magistratum esse oportere eum qui iudicare debet; sed quia poterat dubitari an etiam magistratus municipales continerentur: ideo textur dixit, magistratus autem, vel qui in aliqua potestate sit, quibus verbis excluduntur magistratus municipales & includuntur omnes magistratus qui habent Imperium, licet vnus altero maius imperium habere possit.

Secundum argumentum sumitur ex l. cum Prætor, §. 1. de iudic. ibi. *propter vim Imperij*. Respondet Pirrhus nomen Imperij latissimè vsurpari, vt iurisdictionem etiam comprehendat, quemadmodum accipitur in l. 1. de constit. Princip.

Tertium argumentum est: quia, si minores possent delegare, melioris esset conditionis quàm magistratus maiores: quia maiores non possunt delegare suas caussas meri Imperij & similes. Omissa responsione Baldi & replicatione Decij respondet Alfanus: nil mirum esse, si minores possint delegare: quoniam hoc prouenit ex natura caussarum quæ sunt leues, quod si grauiores caussæ committerentur ipsis minoribus magistratibus, idem esset in illis constitutum, vt delegare non possent.

Hæc ferè sunt, quæ alij dixerunt. Nam qui plura scire desiderat eleganter tamen legat Plantium in d. l. 1. post n. 35. & Soc. sen. in d. l. 1. ff. quis & à quo. mihi prima fronte videbatur concludendum: sententiam communem amplectendam esse: primò, quia omnis magistratus etiam minor habet iurisdictionem: ergo videtur posse eam delegare, cum iurisdictio sit iudicis dandi licentia, l. imperium, in fine, de iurisd. omn. iud. Secundo quia delegatus ad vtilitatem caussarum potest delegare, vt est communis opinio Dd. in l. à iudice, C. de iudic. vbi Iaf. & alij. Couat. lib. 3. var. c. vlt. nu. 11. ergo multò magis magistratus minores.

Istis non obstantibus, ego puto, contrariam opinionem probabiliorem esse, hac ratione irrefragabili. Nullus potest delegare, nisi is, cui id lege permissum est, uel more maiorum, l. cum prætor, §. 1. de iudic. sed minoribus Magistratibus hoc, neque lege, neque more permissum est: ergo delegare non possunt. Quod non sit lege permissum patet: quia lex permisit hanc potestatem dandi iudicem Proconsuli, & legato eius, ut in d. l. cum Prætor, §. 1. Quod autem more non sit concessum hoc minoribus Magistratibus, patet ex dict. lege cum Prætor, §. 1. quia ibi dicitur, more id fuisse concessum Magistratibus Romæ propter uim Imperij: sed Magistratus minores non habent Imperium. Ergo non possunt iudicem dare.

Non obstat primum argumentum: quia, etsi iurisdictio sit iudicis dandi licentia: & sic nemo possit iudicem dare, si iurisdictionem non habeat; non tamen sequitur, quemlibet iurisdictionem habentem, posse iudicem dare, cùm aliud requiratur præter iurisdictionem uidelicet, quòd Lege, & Senatusconsulto, uel constitutione Principum, uel more id eis concessum sit. Isti enim soli sunt, qui habent ius dandorum iudicum: non autem omnes indifferenter, qui iurisdictionem habent, ut patet ex d. §. cum Prætor, §. 1. & ex l. qui neque ff. eod. tit. de iudic.

Ad alterum argumentum respondeo: in materia iurisdictionis non ualere argumentum de minori ad maius, ut patet ex l. illicitas, §. qui uniuersas, de off. præsid. iuncta l. 1. §. deportatos, de legat. 3. & latè confirmat Socin. sen. in d. l. prima, ff. quis, & à quo numero 17.

CAPVT XCIII.

An de iure Canonico caussæ meri Imperij possint delegari?

Est etiam quæstio inter Doctores in l. 1. de offic. eius, in 2. not. Decij An Iure Canonico inspecto delegari possint caussæ meri Imperij. Etenim de legari posse communis uidetur sententia Canonistarum post glossam in cap. quod sedem, de off. ordin. & hanc esse communem testatur Cagnol. in d. l. 1. n. 27. & Didac. Couar. lib. 3. uar. resol. cap. ultimo. Argumenta sunt ista.

Primum ex cap. in Archiepiscopatu, de raptor. Vbi Rex Siciliæ, qui est subditus Pontificis, Clem. pastoralis, de sentent. & re iud. delegat caussas meri Imperij. Respondet Pirrhus in d. l. 1. nu. 59. post Didacum ubi suprà, textum illum loqui de Rege; non autem de Magistratu; licet enim Rex ille ratione feudi subditus esset Romani Pontificis, tamen in regno suo habebat supremam potestatem tanquam Princeps, & ideò poterat delegare caussas meri Imperij.

Secundum argomentum depromitur ex c. quod se. dem, de off. ordin. vbi Archiepiscopus mandat alteri consecrationem Suff aganeorum suorum. Respondent supradicti; textum illum loqui, quando Episcopus est impeditus: nam stante impedimento, omnes fatentur caussas istas delegari posse, vt habetur in d. l. 1. vers. huius rei.

Tertium argumentũ sumitur ex c. aquæ, de consecr. Eccles. vbi alteri Episcopo potest cõmitti reconciliatio Ecclesiæ. Istud verò nihil commune habet cum Imperio mero, vt dicebant Pyrrhus & Couar.

Quartum adducitur ex c. licet, de off. Vicar. lib. 6. vbi probatur: Episcopum posse delegare specialiter caussas meri Imperij suo Vicario. Respondent supradicti: Vicarium Episcopi esse ordinarium: non autem delegatum, secundum communem opinionem Doct. de qua fidem facit Couarru. loco supra dicto.

Quintum argumentum sumitur ex c. ult. ne Clerici, uel Monachi, lib. 6. ubi Episcopus habens temporalem iurisdictionem potest caussas meri Imperij delegare. Respondetur, istud esse: quia Episcopus non potest eas cognoscere, cap. sententiam sanguinis, extr. eod. tit.

Sextum adducitur ex clemen. 1. §. 1. de hæret. ubi probatur: caussam hæresis delegari posse ab Episcopo. Respondetur; istud esse: quia duo Iudices constituuntur fauore fidei: unus est Inquisitor, alter est Episcopus: & ideo concessum est Episcopo uel etiam Capitulo Sede uacante, ut delegatum etiam constituere possit ad hoc ut huiusmodi iudicium melius procedat ex sententia duorum.

Contrariam sententiam habuerunt Decius in d. l. 1. Alfanus & Bolog. & multi alij, quos refert, & sequitur Couar. loco iam citato. Quibus adde Menoch. de arb. q. 74. num. 9. quorum fundamentum est: quia etiam de Iure Canonico, ubi est electa industria personæ, delegatio fieri non potest, c. olt. §. is autem, de offic. deleg. & sic non debet induci differentia inter ius Canonicum, & Ciuile: quia expresso iure non canetur, c. 1. & 2. de oper. no. nun. quam ego amplector, & sequendam puto, & optime probatur in d. §. is autem.

CAPVT XCIV.

An caussæ meri Imperij possint delegari de consensu partium: & de vtilitate publica, & priuata aliquid scitu dignũ.

CAussas meri Imperij delegari non posse, certum est. Hęc autem conclusio ampliatur, ut locum habeat etiam de consensu partium. Ita docet Dec. in d. l. 1. in 2. no. quem secuti sunt omnes, & est uerissima atque indubitata conclusio. Pro qua Decius adducit glos. in l. 1. in glo. ult. C. de pedan. iudicib. ubi dicit caussas indelegabiles delegari non posse ex consensu partium, & ratio est: quia priuatorum consensus non potest iurisdictionem tribuere, l. priuatorum, C. de iurisd. om. iud. Confirmatur hæc conclusio: quia id concernit ius publicum, l. 1. §. publicum, de iust. & iu. ubi publicum ius in Magistratibus consistit, &c. Vbi autem agitur de iure publico, priuatorum consensus nihil ualet, l. ius publicum, ff. de pact. Videtur obstare text. in c. ult. §. is autem, de off. deleg. ubi de consensu partium delegari potest caussa alicui commissa, sub hac forma, ut personaliter eam cognoscat & decidat. Verum, omissa solutione eorũ, qui constituebant differentiam inter ius Canonicum, & Ciuile, q̃ differentiam falsam esse ostendit idẽ tex. in d. §. is aũt ubi aufert de consensu partiũ non posse caussã inquisitionis, & cæteras ibi expressas, quæ industriam personę electam esse demonstrant. Rectè soluit Decius

A dicens: consensum partium operari circa formam illius rescripti, per quod mandabatur, vt personaliter ille cognosceret, quia respicit priuatam vtilitatem partium, quia in his quæ respiciunt vtilitatem priuatam, consensus operari potest, vt est tex. in lege Iurisgentium, §. si pacis cas, ff. de pact. & in l. pen. C. eod. tit.

Non refero hic oppositiones Purpuratij, quas refellit Riminal. iun. nec Riman. iunioris dicta circa caussam naturalem, & accidentalem; quia nullius sunt momenti. Siquidem constat, consensum partium operari in his, quæ respiciunt priuatam vtilitatem, etiam repugnante natura actus, qui geritur, vt patet in d. §. si pacis cas, & in d. l. pen. & alibi. His igitur omissis, quatuor mihi dicenda videntur, occasione huius doctrinæ Decij.

Primum est, quomodo verum sit, quod Decius scribit, & ante eum Accurs. in l. 1. §. huius studij, in
B vet. priuatum, de iust. & iure, & post eum omnes Doct. nostri: aliquid esse constitutum iure nostro principaliter ob publicam vtilitatem, aliquid verò ob priuatam vtilitatem: cùm certum sit, omnes leges pro commoni vtilitate constitutas esse, can. erit autem, 4. distin. & in Proœmio instit. §. vltimo. Qua ratione hunc loquendi modum impugnat Alfanius in d. l. 1. num. 64. & ante eum, Fortun. in dicta lege prima, §. huius studij.

Huic difficultati occurrit Doctissimus Couarruuias in cap. quamuis, de pact. in 6. in 2. par. in initio, §. 1. numero 6. Finem alicuius agentis duplicem esse: vnum in intentione, alterum in executione, vel vt loquitur Bart. in l. ambitiosa, num. 19. ff. de decret. ab ord. facien. unum esse finem naturæ; alterum vero intellectus. Cùm igitur lex disponit de his, quę pertinent ad singulorum utilitatem, licet secundum ordinem intellectus dicatur esse condita propter publicam utilitatem principaliter: quia legislator eam
C respexit; nihilominus lex dicitur respicere priuatam utilitatem principaliter, & secundario publicam, secundum ordinem naturæ, & executionis: quia utilitas legis prius peruenit ad singulares, & priuatas personas, quàm ad totam Rempublicam: Si uerò lex disponat de rebus publicis, utputa de Magistratibus; tunc dicitur respicere publicam utilitatem principaliter, & secundariò priuatam: quia utilitas proueniens ex lege pertinet primò ad Rempublicam, & postea ad priuatas personas: disponit enim de rebus publicis, licet priuati inde sentiant vtilitatem, & commodum. Et hoc modo defendi poterit modus iste loquendi, quo glossatores, & DD. nostri loquuntur, & hoc est primum.

Secundum, dubitari potest, quo pacto intelligi possit, aliquid esse constitutum principaliter ob vtilitatem publicam; secundario verò ob priuatam; vel potius è conuerso, constitutum esse principali-
D ter ob priuatam vtilitatem, & secundariò ob publicam?

Respondeo multis modis id intelligi posse. Primò, si in statuto vel in lege, hoc expressè dicatur, ut declarat Alciat. in cap. cum contingat, oum. 91. de iureiur. Secundò, si lex vel statutum disponat de his, quę prius respiciunt vtilitatem publicam, quam priuatam. Exempla affert Bart. in l. si quis pro eo, oum. 8. ff. de fideiuss. & Couar. loco citato. Tertiò, quando lex vel statutum disponit de his, quæ sunt iuris publici, ut tradit Couar. loco sup. citato. Aliud quoque notabile exemplum est apud Alciat. in d. c. cum contingat, num. 91. de immunitate concessa forensibus. Exemplum autem iuris, respicientis priuatam utilitatem principaliter; & secundariò, publicam, est in cap. cum contingat, de iureiur.

Tertium, quæri potest; quis effectus resultet ex eo, quòd aliquid sit inductum principaliter ob publicam

blicam vtilitatem, & secundatiò ob priuatam: vel è conuerso? Respondeo, hunc effectum resultare: quia primo casu, quando respicit principaliter publicam vtilitatem, consensus partium nihil operari potest, l.3. ff. de testam. c. si diligenti, de foro compet. Hinc diximus, Senatusconsulto Macedoniano renuntiari non posse; quia est conditum ob publicam vtilitatem principaliter, l.1. ff. ad Maced. l. tam etsi, ff. eod. Velleiano autem renuntiari potest, l. vlt. §. ult. ff. ad Velleian. sicut etiam renuntiari potest l. si unquam, C. de reuoc. don. quia respicit priuatam vtilitatem, Rota Romano. decis. 124. in 1. part. in nouiss. Postremum, notanda est doctrina Batt. in l. penul. num. 3. C. de pact. vbi dicit: quoties vtilitas publica potest separari à priuata, partis consensum, & renuntiationem operari, & valere, vt est tex. in l. iurisgentium, §. si paciscar, ff. de pact.

CAPVT XCV.

De Reseruatis Principi, an possint delegari?

Sopposita communi opinione Canonistarũ, quod caussæ meri Imperij delegari possint, quam abũdè refutauimus: excipiuntur tamen ea, quæ sunt reseruata Principi, vt potestas legitimandi, creandi Notarios, & similia: quia hæc non possunt delegari, ita Bald. in l. gesta, in princ. C. de te iud. Fel. in cap. quod Sedem, de off. ordin. Alex. in l. 1. de off. eius, num. 4. Decius ibidem num. 30. Cagn. num. 40. Bolog. num. 47. & cæteri posteriores. Probatur hæc conclusio communis & vera: quia Reseruata Principi non veniunt in generali mandato iurisdictionis, vt probat tex. & glos. in c. quod translationem, de off. delegati, consequenter non competunt iure Magistratus: sed tantum his competunt, quib. specialiter tribuuntur. Ergo mandari nõ possunt, vt in l. 1. in princ. de off. eius.

Obstare videtur tex. in c. vlt. de off. ord. vbi absolutio ab excommunicatione, propter violentam manuum iniectionem in Clericum, delegari potest; cum tamen sit de Reseruatis Papæ, c. si quis suadente, 17. q. 4.

Respondet primò Dec. vbi sup. hanc facultatem absoluendi à tali excommunicatione, solitam esse concedi à Papa: & propterea delegari posse, vt probatur in c. quod translationem, de off. leg. facit tex. in l. apud Iulian. 40 §. vlt. de leg. 1. cum ibi notatis per Alex. licet enim ea reputentur impossibilia, in quibus consensus Principis requiritur: id tamen non procedit in his, quæ à Principe solita sunt concedi.

Sed hæc responsio non placuit Bolog. quia destruere videtur conclusionem Decij: quòd videlicet, potestas legitimandi, & creandi Notarios delegari non possit, cum sit ex reseruatis, quæ solita sunt concedi.

Secundò igitur ad argumentum respondet Didac. Couar. lib. 3. var. resolut. cap. vlt. num. 7. textum illum loqui de nudo ministerio; quod videlicet, delegatio illa sic intelligatur, quoad quendam actum, & nudum ministerium, id est, quoad simplicem absolutionẽ. Nõ placet hæc solutio Rim. ion. in d. l. 1. num. 123. quia est contra textum in c. vlt. §. vlt. de off. deleg. vbi id, quod consistit in nudo ministerio, delegari non potest. Adde, ibi nihil dicitur de nudo ministerio, sed dicitur, delegari posse caussam illam.

Tertiò denique rñdet Rim. iun. ibid. Rim. & Cagn. num. 40. Bolog. num. 48. Pyrrh. Alfan. 67. in d. l. 1. de off. eius, textum illum non loqui de Reseruatis Papæ: Etsi n. absolutio ab excommunicatione illa regulariter sit reseruata Pont. Max. mo: fallit tñ in multis casibus, in quibus ordinarij possunt absoluere. Et hoc est, quod dicit ibi textus: *His quibus ex officio in certis casibus competit, illos absoluere, &c.* & ita glossa ibi exponit in princ. dicens: ex officio scilicet, ordinariæ potestatis. Et quod Episcopi possint in certis casibus tales absoluere, adducit textum in cap. mulieres, de sent. excommun. vbi, si mulier vel seruus percusserint, possunt absolui. Et in cap. peruenit, eod. tit. vbi text. loquitur de leui offensa, & in c. de monialib. eod. tit. & in c. quod de his, & in c. vlt. eod. tit.

Qui autem scire cupit omnia Reseruata Papæ, & Imperatori, legat Baldum, & Iasonem in l. rescripta, C. de precib. Imp. off. Specul. in tit. de legato, §. nunc ostendendum est, &c. Menoch. in consil. 604. numero 7.

CAPVT XCVI.

An mixtum Imperium delegari possit?

Communis est sententia, mixtum Imperium delegari non posse, sic Batt. Alex. & Ias. & ceter. oes antiquiores voluerunt, vt patet ex summario l. 1. de off. eius, Alex. ibi num. 26. & latiss. communem esse testatur in disputatione incip. Rex Aragonum in 3. dub. latè alios adducens Ioseph. Gonsalez. var. c. 23. Argumenta præcipua sunt hæc. Primum ex l. 1. de off. eius in princ. existimarunt enim illa verba: *speciali* tet Lege, Senatusconsulto, vel Constitutione Principum comprehendere caussas etiam mixti Imperij, & sensum esse; caussas mixti Imperij delegari non posse; quæ specialiter sunt commissæ maioribus Magistratibus. Hoc argumentum nullius est momenti. Primò quia tex. in d. l. 1. non loquitur de maioribus Magistratibus, vel minoribus: sed de caussis specialiter tributis. Deinde, quia textus ibi nullam facit mentionem caussarum mixti Imperij. Secundum argumentum est ex l. ea quæ, ff. ad municip. vbi Magistratibus municipalibus non competunt ea, quæ sunt mixti Imperij. Ergo non competunt iure Magistratus, & consequenter delegari non possunt. Respondet Alciat. lib. 2. parad. c. 1. non esse bonam consequentiam; quia Magistratus municipales non possunt in integrum restituere, d. l. ea quæ, & tamen caussa restitutionis in integrum delegari potest, l. vlt. C. vbi & apud quem, similiter non possunt mittere in possessionem, vt in d. l. ea quæ, & tamen missio in possessionem delegari potest, vt in l. cognitio, §. vt bonorum, de off. eius. Immò etiam è contrario quædam possunt expediri per Magistratus municipales, ut datio tutoris, l. ius dandi, ff. de tut. & cur. & tamen tutoris datio delegari non potest, l. nec dante, ff. eod. Tertium argum. est ex l. nec quicquam, §. ubi decretum, de off. proconf. ubi omnia, quæ caussæ cognitionem desiderant, delegari non possunt. Sed caussæ mixti Imperij requirunt caussæ cognitionem: ergo delegari non possunt. Respondeo; textum hoc non dicere; sed aliud longè diuersum; videlicet, quæ caussæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non posse. Sensus est, id est, expediri non posse per libellum, & Magistratus subscriptionem. Exemplum est in l. 6. C. de præd. min. & in l. excusare, ff. de excusa. tutor. ut declarat Alciat. lib. 2. parad c. 3. Brisson. lib. 4. select. c. 18. Cuiac. lib. 4. obs. c. 40. Petrus Faber in l. nemo potest gladij, num. 46. de reg. iur. Illustriss. Card. Baron. lib. 2. Annalium Eccles. anno Christi 253.

Quartum argumentum sumitur ex l. placet, C. de pred. iud. ubi caussæ, quæ expediuntur officio iudicis nobili, non possunt delegari, prout sunt caussæ mixti Imperij: quia officio iudicis nobili expediuntur, vt notat Bart. in l. Imperium, num. 15. de iurisd. om. iud. Rñdeo illa uerba: *Quod nõ ita accipi conuenit, vt in his et caussis, in quib. solebant ex officio suo cognoscere dandi iud. eis licentia permissa credatur*, non esse intelligenda de officio iudicis nobili: sed de caussis, quæ cognoscebantur ab ipsis præsidibus: quia eis specialiter

demandatæ erant, iuxta textum in d.l.1.de off.eius. A

Quintum argumentum desumitur ex l. Imperium, de iurisd.omn. iud. quatenus ibi Iurisconsultus facit differentiam inter merum, ac mixtum Imperium, & simplicem iurisdictionem; & postea dicitur iurisdictio est iudicis dandi licentia? Vnde videtur inferri, quod merum Imperium, & mixtum delegari non possit. Respondetur: illud nihil esse, quia sensus est: facultatem dandi iudicem permissam esse omnibus, qui habent iurisdictionem.

Sextum argumentum sumitur ex §.si verò quidam iurent, in auth.de exhib. reis. vbi delegatus non potest mittere in possessionem contra contumacem: quia missio in possessionem est mixti Imperij, l.iubere, de iurisd.omn.iud. Respondeo, caussam esse: quia nondum erat lis contestata, vt textus ibi dicit in illis verbis: *Iudice agere aliquid non valente, eò quòd nondum apud eum facta sit litis contestatio.*

B Septimum argumentum est in l.nec mandante, ff. de tut.& cur. vbi tutoris datio nō potest delegari: quia est mixti Imperij, l.Mutio, §.tutoris datio, ff.de tut. his, iuncta glossa ibi, in ver. Imperij. Respondeo, caussam esse: quia tutoris datio specialiter certis Magistratib. permissa est, vt ibi dicitur, & ideo regul. l.1. in princip. de off. eius. vbi delegari non possunt, quæ specialiter committuntur.

Postremum argumentum est ex l.2.de off.eius, ubi mandata iurisdictione non potest consilium exercere is, cui mandatur: & istud est mixti Imperij vnà cum alijs ibi enumeratis, quæ delegari non possunt. Expediuntur enim illa omnia iudicis officio nobili ad priuatam utilitatem. Respondeo, illa delegari non posse, quia specialiter lege tribuebantur certis Magistratib. l.1.de off.consulis, §.eadem, Instit.quib.ex caus. manumitt.non licet, & l.1.de rebus cor. & notat etiam ibi glos.

C Contrariam sententiam amplexi sunt Alciat. lib. 2. paradox.c.1. Paul.Orian.in l.1.nume.34. ff.de off.eius, alios refert Ioseph.Gonsalez. loco supra citato, sed ante omnes hanc opinionem secutus fuit Guido de Zuza, cuius mentionem faciunt omnes Longoual. ad l. Imperium.

Primum argumentum est ex l. 1. in fine, ff. de off. eius, vbi dicitur: Imperium, quod iurisdictioni cohæret mandata iurisdictione transire. Hoc enim, cum non sit merum Imperium, necessariò est mixtum. Respondet Alex. textum ibi loqui de Imperio, quod cohæret iurisdictioni per quandam necessariam consequentiam: nam mixtum non dicitur cohærere iurisdictioni: sed in ipso iurisdictio dicitur inesse, l. Imperium, de iurisd. omnium iud. & sic ille textus non dicit, mixtum Imperium posse delegari: sed dicit transire mandata iurisdictione pro necessario vsu ipsius iurisdictionis.

D Secundum argumentum est in l. cognitio. ff. de off. eius, vbi cognitio de suspectis tutoribus mandari potest, & tamen est mixti Imperij. Respondetur potest, illud esse speciale propter vtilitatem pupillorum, vt ibi dicitur.

Tertium argumentum est ex eadem l.cognitio, §.1. de off. eius, vbi textus dicit: *Vt possessio bonorum detur, delegari potest.* Et ibi enumerantur alij quatuor casus, qui sunt mixti Imperij, & tamen possunt delegari. Respondet Alexand. illum textum loqui de cognitione, quæ est minoris præiudicij: non autem de reali missione in possessionem, quæ est maioris Imperij, & delegari non potest, l.iubere, de iurisd.omn.iud. Replicat Callrensis in d. §. primo, & Castrensi duplicat Decius, necnon etiam Curt. iun. ibid. & tota difficultas in hoc consistit; quòd, si delegari potest cognitio, multò magis ipsa immissio, quæ potest expediri per quemlibet nuntium; sed hoc non admittitur, quia

A in ipsa reali immissione vertitur maius periculum propter rixas, quæ solent oriri. Maximè, quia realis immissio expediri solet manu militari; & sic videtur esse maioris præiudicij. Itaque summa responsionis in hoc consistit, quod pronuntiare aliquem mittendum esse in possessionem, & ipsa missio, sit mixti Imperij: sed vnum maioris; alterum minoris, & ideò unum delegari posse; alterum verò non posse.

Quartum argumentum est ex l.vlt. ff.de off.eius, vbi textus dicit: *Mandata iurisdictione etiam Imperium, quod non est merum, videtur mandari.* Respondet Alex. illum textum non loqui de mixto Imperio; sed de modica coercitione, quæ est minimi Imperij, quæ in consequentiam iurisdictionis venit: quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est, ut ibi dicitur: & multa veniunt in consequentiam, quæ principaliter non connectuntur, l.1.de auth.tut.

B Quintum argumentum sumitur ex l.vlt. C.vbi, & apud quem, ubi caussa in integrum restitutionis potest delegari. Respondet Alex. & cum eo Bart. & alij, illud procedere fauore minorum, siue fauore ipsius causæ in integrum restitutionis.

Sextum argumentum desumitur ex l.1.& l.4.§.duas, ff.de dam. infecto, vbi causa missionis in possessionem, & cautionis de damno infecto delegari potest. Respondet Alex. illud esse speciale, quia causa damni infecti celeritatem desiderat: alias etiam affert responsiones, quas breuitatis causa omitto. Hæc sunt, quæ alij dixerunt.

Ego in hac quæstione, consideratis omnibus legibus, quæ de mixto Imperio loquuntur, sic puto respondendum esse, ac statuendum: cum quæritur, an mixtū Imperium delegari possit, aut quæritur, an veniat in generali iurisdictione delegata, siue mandata. Et respondendum est venire; quia iurisdictioni cohæret, et sine Imperio isto iurisdictio consistere non potest: & C istud est, quod dicit Iurisconsultus in l.prima, §.vlt.et l.vlt. ff.de off.eius, & ad hoc etiam alludit tex.in l.2. de iurisd.omn.iud. dum ait: *Cum iurisdictio concessa est, omnia concessa censeri sine quibus iurisdictio explicari non potest.* Et hæc est modica illa coercitio, sine qua iurisdictio nulla est, l.vlt. ff. de off. eius: quia, s.ad exercendam iurisdictionem necessarium est Imperium pro defendenda ipsa iurisdictione, et sic necessarium est aliquem coercere, non solum verbis, sed etiam factis, quod Imperij est, l. 2. ff.de in ius voc.ibi, qui in carcerem detrudere possunt, uel coercere. Aut uerò quæritur, an ea, quę sunt mixti Imperij, specialiter delegari possint, veluti est mittere in possessionem, iubere, cauere, in integrum restituere, tutorem dare, decretum interponere, et cætera exercere, quæ spectāt ad officium iudicis nobile, ad priuatam vtilitatem, et in quo consistere mixtum Imperium dixit Bartol. in l. Imperium, numero 15. de iurisd.omn.iud. et in hoc mihi D distinguendum uidetur. Aut enim specialiter hmōi causæ sunt commissæ certis Magistratib. et tunc delegari non possunt, ex reg. l.1.de off.eius, in princ. et hoc modo intelligendus est tex. in l.2.de off.eius, et text. in l.Mutio, §.tutoris datio, ff.de tutel. iuncta l.nec mandante ff.de tut. et cur. quia scilicet, consilium præbere manumittentibus, decretum interponere in alienatione bonorum, tutorem dare, sunt concessa certè Magistratus specialiter; & ideò delegari non possunt. Si verò non sunt concessæ specialiter certis Magistratibus, ego existimo, et certus tamen, subdelegari posse; quia iure Magistratus competunt. Quæ verò iure Magistratus competunt, mandari possunt, vt habetur in l.prima, in secunda reg. de off. eius, dicuntur autem iure Magistratus competere, quia competunt omnibus Magistratibus populi Romani, non autē certis quibusdam tantum, licet non competant Magistratibus municipalibus, quia non habent Imperium. Nō

enim

enim requiritur, vt etiam Magiſtratibus municipalibus competant, quæ iure Magiſtratus dicuntur competere; ſed ſatis eſt, quod non ſint ſpecialiter certis Magiſtratibus conceſſa, vt bene declarat Decius in d.l.1. num.41. de off. eius.

CAPVT XCVII.

Vtrum delegatus Principis poſſit delegare cauſſas meri Imperij?

DElegatum Principis delegare non poſſe cauſſas meri Imperij, multi exiſtimarunt, tàm ex veterib. quàm ex recentiorib. adeo vt hanc eſſe communiorem ſententiam, dixerit Rim. iun. in l. 1. de off. eius, num.64. quib. adde Menoch. de arb. q.54. num.16 & multos alios, quos adducit nouiſſ. Ioſeph. Genſalez. var. quæſt. c.19.

Primum argumentum eſt ex l.1. de off. eius, vbi dicitur: cauſſas meri Imperij delegatus à lege delegari non poſſe. Ergo non poterunt etiam delegari cauſſæ meri Imperij à Principe delegatæ: quia Princeps dicitur lex animata in terris, §. vltim. in auth. de conſulibus.

Reſpondet Iaſ. in d. l. 1. hoc argumentum nihil concludere: quia d.l.1. loquitur, vbi cauſſæ committuntur à lege maiorib. Magiſtratibus: tunc enim concurrente grauitate ipſius cauſſæ cenſetur electa eorum induſtria, ideò delegare non poſſunt. Hoc autem non militat in perſonis priuatis, quibus cauſſa meri Imperij delegata ſit à Principe: quoniam tunc non videtur electa induſtria perſonę, quia non concurrunt duo, qualitas perſonæ Magiſtratuum, & grauitas ipſius cauſſæ. Replicat Decius, ſufficere ſolam grauitatem cauſſæ ad hoc, vt videatur electa induſtria perſonæ. Sed malè replicat: quia ipſemet Decius ſup. num. 28. dixit, concurrere debere qualitatem cauſſę, & dignitatem Magiſtratuum. Aliter igitur Iaſoni replicat Iacob. Niger. in d.l.1. dicens: delegatum Principis, licet non ſit de maioribus Magiſtratibus; tamen effici de maioribus per delegationem ſibi factam à Principe, & propterea cenſeri electam eius induſtriam. Eandem replicationem aduerſus Iaſonem ſequitur Rim. iun. in d.l.1. num. 130. Et ſic reſponſio Iaſonis ad hoc primum argumentum tollitur, ideò aliter reſpondet Decius dicens: Principem & legem æquiparari affirmatiuè; non autem negatiuè, hoc modo. Lex poteſt hoc facere: ergo, & Princeps; non autem negatiuè, Lex non poteſt facere, ergo nec Princeps: quia Princeps eſt ſupra leges, & eas tollere poteſt, l. Princeps, de legibus l. 1. de conſt. Princip. Sed hæc reſponſio damnatur à Rimin. iun. & à Pyrrho Alfano: quia lex & Princeps æquiparantur tam affirmatiuè quam negatiuè, l. digna vox, C. de legib.

Tertio igitur loco reſpondet Decius, ad text. noſtrum nihil facere: quia loquitur de iudice ordinario; non autem de delegato. Primò: quia textus dicit, iuriſdictionem ſuam mandant: At delegatus non habet propriam iuriſdictionem, l. 1. §. 1. de off. eius. Secundò: quia is, qui habet iuriſdictionem à lege, dicitur ordinarius, leg. & quia, de iuriſdict. om. iud. Replicat Rimin. iun. num.140. illa verba (iuriſdictionem ſuam) intelligenda eſſe, quantum ad curam, & ſolicitudinem; ſicuti, quando colonus vel famulus dicit agrum vel equum domini eſſe ſuum, vt not. Bar. in l. quintus. §. argento, de aur. & arg. leg. Quantum verò ad alterum, quòd videlicet ordinarius dicatur is, cui à lege mandata eſt iuriſdictio. Reſpondet idem Rim. iun. id non habere locum, vbicunque lex ſpecialiter mandat iuriſdictionem alicui Magiſtratui

A in cauſſa; quæ non erat de iuriſdictione: tunc enim talis Magiſtratus non dicitur ordinarius, ſed delegatus, l.1. & ibi gloſ. notat in ver. ſpecialiter, & ibi Caſt. num.3.

Quarto igitur loco reſpondet Rim. iun. in d.l.1. nu. 141. ex eadem doct. Caſt. in d. l. 1. num. 3. C. ne lic. poten. differentiam eſſe, an delegatio facta ſit per legem generalem: an verò facta ſit per reſcriptum Principis. Nam ſi facta ſit, per legem generalem ſpecialiter committentem alicui iudici ordinario aliquam cauſſam, tunc non poterit delegari per regul. l.1. de off. eius, ſecùs autem, ſi delegata ſit per reſcriptum ſpeciale Principis: quia poterit delegari per regulam l. à iudice, C. de iudic.

Secondum argumentum eſt ex induſtria perſonæ electa ſecundum DD. in cauſſis meri Imperij. Nam hæc ratio electæ induſtriæ perſonæ impedit delegationem, l. inter artifices, de ſolut. c. vltim. §. 1. de off. B deleg. Sed hæc ratio militat etiam in delegato Principis, cui delegatę ſint cauſſę meri Imperij. Ergo non poterit eas delegare. Reſpondet Decius circa finem d. l. 1. de off. eius, negando, videri electam induſtriam perſonę hoc in caſu: quia fieri poteſt delegatio per Principem, vt cauſſa ſola de manibus ordinarij: cum Princeps delegando non reſpiciat magis vnum quàm alterum. Non placet Bolog. in d.l.1. poſt num. 137. ver. contrariam, quia non aſſignatur ratio, cur induſtria perſonę non ſit electa, quando Princeps delegat cauſſam meri Imperij. Aliter igitur reſpondet ipſe Bolog. aſſignando rationem: quia plerunque cauſſę meri Imperij delegantur à Principe ad petitionem partis etiam perſonis incognitis, ita quod perſonę non videntur approbatę per Principem, quod non eſt in ordinarijs, quibus totus Magiſtratus committitur. Sed adhuc replicat Menoch. de arbit. q.54. nu. 11. & 12. immò cenſeri electam induſtriam perſonę, vt C ibi per eum referentem, & impugnantem aliam ſolulutionem Bologneti.

Tertium arg. eſt: quia ordinarius creatur à Principe, & tamen delegare non poteſt cauſſas meri Imperij, l. 3. §. cum vrbem. de off. pręf. vrb. & l.1. de off. eius. Reſponderi poteſt: delegatum Principis repręſentare ipſum Principem, & ideò maiorem habere poteſtatem, quàm Ordinarius habeat, quę reſponſio eſt de mente Bolog. in d.l.1. poſt num.137.

Quartum arg. ſumitur ex l. nemo poteſt, de reg. iur. ſed reſpondet Bolog. excipiendam eſſe perſonam Principis, & delegati etiam Principis.

Quintum argumentum ſumitur ex Clem. 1. de off. deleg. vbi delegatus Principis poteſt delegare examen teſtium in cauſſa ciuili. Ergo non in cauſſa criminali, vt ibi notat gl. in uer. ciuili. Reſpondet Bolog. iſtud eſſe: quia in receptione teſtium requiritur pręſentia iudicis propter timorem falſitatis, & ita dicit gloſ. ibi in D uer. Ciuili.

Sextum arg. eſt: quia ordinarius & delegatus Principis ęquiparantur quantum ad poteſtatem delegandi, l. more de iuriſ. om. iud. iuncta l. à iudice, C. de iud. & tamen Ordinarius non delegat cauſas meri Imperij. Ergo nec delegatus Principis. Reſponderi poteſt, ęquiparationem hanc non eſſe generalem: quia delegatus Principis eſt maior ordinario, ideò uidetur aliquid plus poſſe quam ordinarius poſſit.

Septimũ arg. ſumitur ex l. Antiquitas, C. de uſufruct. ubi uſusfructus, qui de ſui natura non eſt tranſmiſſibilis ad hęredes, ſi fiat tranſmiſſibilis, intelligitur pro una uice. Sic ergo & merum imperium, quod delegabile non eſt ſua natura, ſi à Principe delegetur, intelligitur pro una tantùm uice. Reſpondetur, nihil ad rem facere: quia ibi ratio aſſignatur ne proprietas ſit perpetuo inutilis, ſicuti contingeret, ſi uſusfructus ad omnes hęredes perueniret.

A Octauum argum. sumitur ex l. 1. §. vlt. de off. eius, vbi mandata iurisdictione generaliter semper intelligitur exemptum merum Imperium. Responderi potest, istud locum habere in ordinarijs: non autem in delegato Princ.

Nonum argument. est: quia duo specialia non possunt simul concurrere, l. 1. C. de dot. promiss. hic autem essent duo specialia. Primum, quia delegatus Principis posset delegare: alterum, quia posset delegare caussas meri Imperij. Respondet Pyrrh. circa fin. commentarij d. l. 1. de off. eius, duo specialia admitti, quando vnum venit in consequentiam alterius, l. singularia, si cert. pet. Hic autem vnum venit in consequentiam alterius, quia si potest delegare causses meri Imperij; poterit etiam subdelegare. Melior est responsio si dicamus: non esse veram illam conclusionem, quod duo specialia non possunt simul concurrere, vt ergo ostendi libro 8. c. 75. & ante me Socin. iun. in l. ita stipulatus, numero 93. de verbor. B obligat.

Decimum argumentum est Pyrrh. Alsan. nullibi probari, quod Præfectus prætorio possit delegare caussas meri Imperij, cum tamen sit maior delegato Principis, vt probatur in l. præcipimus, C. de app. vbi à sententia delegati Principis appellatur ad Præfectum prætorio. Sed respondetur, non appellari ad eum, quia sit maior delegato Principis, sed propter occupationes ipsius Principis qui loco sui mandat hanc caussam Præfecto prætorio.

Vndecimum argumentum est: quia circa materiam delegationis caussarum inspicitur potiùs qualitas caussæ, quàm personarum, vt in l. 1. de off. eius, sed qualitas caussæ suadet, non posse delegari, cum sit meri Imperij. Ergo non debet attendi qualitas personarum: & sic non debet attendi, quod sit delegatus Principis, quod est argumentum eiusdem Alsani circa fin. legis. Respondetur: immò considerari etiam qualitatem personarum, vt patet in l. à iudice, C. de C iudic.

Postremum argumentum, idem Pyrrhus adducit textum in c. si pro debilitate, de off. deleg. vbi delegatos Papæ non potest delegare caussas graues, etiamsi debilitate vel qualibet alia caussa interesse non possit, quod esset fortius. Sed caussæ meri Imperij sunt graues. Ergo non possunt delegari. Respondetur illum textum loqui, quando caussæ ita sunt graues, quod sine præsentia delegati non possunt commodè terminari, quales non sunt caussæ, de quibus agitur; quod patet, quia possunt delegari caussæ meri Imperij in casu absentiæ & infirmitatis, vt in l. 1. de off. eius.

Contrariam opinionem amplexus est Bart. in d. l. 1. de off. eius circa finem & ibid. Ias. Dec. & multi alij, quos commemorat Menoch de arbitr. q. 54. & Ioseph. Gonsalez. var. quæst. c. 19. vbi testatur hanc esse magis D communem.

Primum & præcipuum argumentum est ex l. 1. C. qui pro sua iurisd. in illis verbis: *nullo personarum caussarumque habito tractato*. quæ secundum Bart. & alios hunc sensum habent; quòd Principis delegatus possit caussas subdelegare, nulla distinctione adhibita, quales sint caussæ, & an sint meri Imperij, vel non. Respondet Iason, sensum esse: quod delegatus Principis possit caussas subdelegare nullo personarum vel caussarum habito tractatu; an scilicet caussæ pertineant ad iurisd. delegantis vel personæ sint ei subiectæ, licet hæc distinctio sit adhibenda, quando ordinarius delegat: tunc enim considerari debet, an caussæ & personæ subiectæ sint iurisdictioni delegantis. Replicat Decius, hoc esse indubitatum quod caussæ & personæ pertinent & sunt subiectæ delegato Principis. Sed huic replicationi satisfacit Menoch. dicta

questione 54. sub numero 20.

Secundum argumentum adfertur ex regula textus in l. Pater filium, §. quindecim, de leg. 3. vbi res, quæ non poterat alienari, si fuerit semel alienata, durat perpetuò alienabilis. Ita igitur & merum Imperium, cum sua natura delegari non possit, si fuerit semel delegatum à Principe, poterit perpetuò delegari. Multæ adferuntur responsiones, quas refert prolixè Menoch. loco sup. dicto. Mihi videtur, text. illum ad rem non facere; quia ibi facta fuit prohibitio libertis, ne alienarent extra familiam: vnus alienauit partem suam colliberto, vnde collibertus ille potuit etiam alienare in extraneos: quia prohibitus non fuit alienare partem colliberti; sed propriam. Vnde non contrauenit prohibitioni.

Tertium argumentum adfertur ex regula l. si cum, § qui iniuriarum, ff. si quis cautio, vbi subrogatus sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur. Sed delegaB tus Principis subrogatus est loco Principis. Ergo delegare poterit sicut Princeps potest. Multæ adferuntur responsiones; verum illa magis placet; hanc regulam non procedere in materia iurisdictionis, quia si procederet in hac materia, delegatus ab ordinario posset subdelegare, cum sit subrogatus in locum ordinarij, l. etsi prætor, de iurisd. om. iud. Ratio quia subrogatus in locum Principis vel alterius non succedit in plena eius authoritate.

Quartum argumentum sumitur ex l. Plenum, §. equitij, de vsu & hab. vbi verba debent intelligi secundum conditionem personæ, ad quam referuntur. Cùm igitur personæ delegati Principis sit huius conditionis & naturæ, vt delegare possit, videtur ei data potestas subdelegandi. Respondeo negando, quòd delegatus Principis possit delegare caussas meri Imperij. Potest enim delegare; sed caussas ciuiles.

Quintum argumentum adducitur ex tex. in cap. veC nerabilis, §. Porro, de off. deleg. Respondetur, nil ad rem facere; tùm, quia ibi non agitur de caussa meri Imperij, tum, quia aderat impedimentum infirmitatis in delegante.

Sextum argumentum, adducitur tex in c. vlt. eod. tit. de off. deleg. vbi delegatus Principis potest delegare, nisi electa sit eius industria. Respondetur nec censeri electam industriam, ob grauitatem caussæ.

Septimum argumentum, adducitur tex. in clem. 1. §. 1. & §. verum de hæret. vbi causæ inquisitionis possunt delegari; sed respondetur ibi fuisse impedimentum: quia nolebant conuenire simul; vel procedit fauore fidei.

Octauum argumentum, adferri solet text. in cap. vlt. de off. ordin. sed respondetur loqui de absolutione ab excommunicatione, quam potest ordinarius ex officio facere, vt alias dixi, in qua opinione persisto, quicquid scribat Menoch. de p. 54. num. 45. quia illa uerba (ex D officio) intelligi debent de officio ordinarij, non delegati, cum textus ille positus sit sub titulo, de off. ordin. arg. l. Imperatores, de in diem addict. Cætera argum. prætereo quia sunt leuissima & egregiè tolluntur à Menochio, vbi suprà.

Ego puto, concludendum esse secundum priorem opinionem; caussas meri Imperij subdelegari non posse & ita alias dixi. Primò: quia nullo iure id cautum reperitur, quod tamen facile erat exprimere, cum non fuerit expressum à Iurisc. credendum est, eos non uoluisse, l. un. §. sin autem ad deficientis, C. de cad. toll. Secundò: quia in contrarium est regula, leg. nemo potest gladij, de reg. iur. quæ non reperitur limitata in delegato Principis. Tertiò: quia militat eadem ratio in delegato Principis, quæ militat in ordinarijs: immò maior ratio, quia scilicet ex grauitate caussæ uidetur electa industria personæ, & ex grauitate personarum, quibus huiusmodi caussæ

com-

committuntur. Poſtremò aduertendum eſt: quia ſupra dixi ex Rim. iun. quando ſpecialiter cauſa alicui Magiſtratui committitur, quæ non erat de illius Magiſtratus iuriſdictione eſſe delegatum, adducendo gloſſ.& Caſtrenſ.in l.1.C.Ne liceat potentio.

Ego puto eſſe aduertendum, quod hæc concluſio non videtur de iure procedere: quia Magiſtratus hoc in caſu non efficitur delegatus, ſed dicitur eſſe ordinarius & eius iuriſdictio prorogata ad illam cauſam per legem, ita reſpondit Collegium Peruſinum Florentino Magiſtratui Mercantiæ præfecto, vt habetur apud Lapum allegatione 88. ſequitur Dec.in l. More, nu.36. de iuriſd.omn.iud.

CAPVT XCVIII.

An cauſſæ meri Imperij delegari poſſint in caſu abſentiæ, quantum ad cognitionem & definitionem?

ALigoritur quæſtio inter DD.in l.1.de off.eius, an cauſſæ meri Imperij delegari poſſint propter abſentiam Magiſtratus. tam quoad cognitionem, quam etiam quoad definitionem? Reſpondet gloſſa in d.l.1. in ver. poſſit, delegari poſſe, quantum ad cognitionem tantum, & ſequitur Bart. ibi nu. 5. dicens: hanc ſententiam communiter approbatam eſſe, & Bolog.nu.118.dicens eſſe communem, alios adducit Ioſeph.Gonſalez.var.q.c.21.nom.1. Adducitur primo textus in §.Adhæc id prohibemus, in authentica de collator. quem gloſſa ſic intellexit, quod prohibuerit omnes cauſas meri Imperij delegare quantum ad definitionem. Maximè verò cauſam vltimi ſupplicij & mutilationis membri.

Reſpondet Alex.in d.l.1.& poſt eum Dec. nu. 61. id eſſe contra illum textum, qui dicit; omnia poſſe mandari, excepto vltimo ſupplicio & membri inciſione, quod procul dubio intelligitur tam reſpectu cognitionis, quam reſpectu definitionis. Sed, quia remanet difficultas reſpectu vltimi ſupplicij & membri abſciſionis, quæ delegari non poſſunt, ideo ad hoc reſpondet Decius: textum illum loqui de Præſide prouinciæ, qui nondum venerat in prouinciam. Nec obſtant illa verba ſequentia: *ſed ſi quis ex iudicibus, &c.* quia debent intelligi eodem modo de iudicibus, qui nondum ingreſſi ſunt in prouincia, vt patet ex illis verbis: *liceat ei per ſimilem modum loci ſeruatorem facere*, illa enim verba (per ſimilem modum) referuntur ad omnia præcedentia: in quibus diſtinguitur, an Magiſtratus ſit in prouincia, vel non. Hæc interpretatio Decij non placuit Rim. iun. nu.529.in d.l.1.nec Pyrrho nu. 216. quia illa verba: (ſi quis ex iudicibus) referri debent ad primum caſum de exiſtente in prouincia; quando ſcilicet, aliquis ex iudicibus exiſtens in prouincia mittitur in aliam regionem à Principe, ob alia negotia expedienda.

Tertiò igitur reſpondetur ſecundum Decium poſt Alexan. illum textum loqui, non de delegato; ſed de vicem gerente, vt patet ex illis verbis textus *damus eis licentiam vices agentes ſuos conſtituere*. Nam iſte vice gerens cum creatus ſit ab eo, qui nondum prouinciam ingreſſus eſt, non habet tantam poteſtatem, quantam alias haberet.

Obſtat huic interpretationi, quòd idem ſtatuitur in eo textu de iudice exiſtente in prouincia, qui ex iuſſu Principis mittitur in aliam regionem. Talis iudex poteſt committere alteri vices ſuas per eundem modum, adeò quod vice gerens non poſſet cognoſcere de cauſſa vltimi ſupplicij & membri abſciſſionis.

Quartò igitur loco dicebat Rim. iun. in d.l. 1. tex-

A tum illum loqui de loci ſeruatore, cui tota prouincia committebatur, ideò non tranſit in eum tota poteſtas; ne videretur Præſes in totum ſe exonerasse & transtulisse in eum omnem poteſtatem, argum. l.2.§.exactis de orig.iuris, vbi, ne conſul vſurparet regiam poteſtatem, fuit prohibitum ne in caput ciuis Romani animaduerteret. Quæ ratio ceſsat in delegato, cui vna cauſa vel altera mandatur.

Non placet Alfano in d.l.1.no.219. quia non eſt abſurdum, omnem iuriſdictionem mandare, l.ſolet, l.Prætor, de iuriſ.om.iud.

Vltimo igitur loco reſpondet Alfanus: nihil aliud ibi haberi, niſi quòd licet facere ſeruatorem: quid autem poſſit facere iſte ſeruator loci ibi non dicitur. Non placet mihi: quia textus ibi dicit, talem ſeruatorem omnia facere poſſe, quæ poſſunt ipſimet iudices & Præſides, citra tamen vltimum ſupplicium, vel membri abſciſionem.

B Ego puto illum textum nihil facere pro opinione communi: nam, quatenus ibi dicitur: conſtitui poſſe loci ſeruatorem in caſu abſentiæ, qui omnia poſſit facere, non probat concluſionem communem, quæ vult in caſu abſentiæ poſſe delegari cauſſas meri Imperij, quantum ad cognitionem tantum, ſed potius contrarium probat, vt ſupra dixi. Quantum verò ad eam partem, in qua excipitur vltimum ſupplicium, & membri abſciſio, dico: non probare communem concluſionem. Primò: quoniam communis concluſio loquitur de delegato: at ille textus loquitur de loci ſeruatore, id eſt, vicem gerente, qui prohibitus erat conſtitui iuſtis de cauſis, vt habetur in auth. vt nulli iudicum & declarat Schrad. In lexico iuris in verbo loci ſeruator. Secundò: quia excipiuntur ibi cauſſæ vltimi ſupplicij & abſciſionis membri; non ſolum quantum ad definitionem, ſed etiam quantum ad cognitionem, ita vt regula, quæ habet cauſas meri Imperij delegari
C poſſe propter abſentiam, limitetur, vt non procedat in cauſa vltimi ſupplicij vel membri abſciſſionis in loci ſeruatore conſtituto. Et ſic ille textus nihil facit pro communi opinione.

Secundò pro hac ſententia communi Bologn. inducit tex. in d.l.1.de off. eius, quatenus loquitur de exercitatione; & ſenſus eſt: Magiſtratum poſſe delegare exercitationem, quod non videtur ſignificare definitionem cauſſæ, ſed tantum cognitionem, & vt patet ex verbis ſeq. d.l.1. quatenus dicitur, Prætorem non poſſe mandare cognitionem. Hoc argumentum non videtur mihi eſſe alicuius momenti: quia text. in d.l.1. loquitur de exercitatione publici iudicij, lege, vel Senatuſcon. delata Magiſtratibus, quę proculdubio conſiſtit non ſolum in cognitione: ſed etiam in definitione.

Tertiò adducitur tex. in l ſolet, de offic. proconſ. vbi
D legato proconſulis conceditur cognitio tantum iſtarum cauſarum meri Imperij: non autem definitio. Nec obſtat ſi dicatur: text. illum non loqui in caſu abſentiæ, quia replicat Bolog. agi ibi de delegatione neceſſaria, propter occupationes proconſulis. Nec deſunt qui coniungant illam legem cum duabus præcedentibus, in quibus fit mentio de proconſule abſente.

Nihil eſt: quia duæ leges præcedentes ſeparatim loquuntur de proconſule antequam prouinciam ſit ingreſſus. Textus vero in d. l. ſolet, ſupponit Proconſulem ingreſſum eſſe prouinciam; alias non potuiſſet mandare legatis ſuis cognitionem cuſtodiarum, l.Obſeruare, §.vltim. ff eod.tit. Quod verò dicitur: textum illum loqui, quando proconſul eſt impeditus, id negatur: quia nullum verbum de impedimento continetur in illo textu.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Alex. Dec. Pyrr. Alf. Rimin. Iun. in d.l.1. de off. eius & multi alij;

quos

quos commemorat Gonsalez. d. c. 21. var. Fundamentum, huius sententiæ consistit in d. l. 1. quam Decius ponderat multis modis. Et primò in ver. exercitationis. Hoc enim verbum comprehendit etiam sententiam cap. 1. de sentent. excommun. in 6. ibi, censuras exercere. Responderi potest: illud ibi contingere propter subiectam materiam: quia vt quis exercere dicatur censuras, necessaria est sententia. Secundò ponderat Decius verbum (iurisdictionem) quod significat non solum cognitionem: sed etiam sententiam; & postea textus dicit: *si proficiscatur magistratus eam mandare potest.* Respondetur illud verbum eam, non referre integram similitudinem, vt probatur in §. eadem, inst. de leg. patronor. tutel. vbi eadem lege 12. tab. dicitur, esse cautum de patronorum tutela; sicut de agnatorum tutela: cum tamen patronorum tutela sit ex mente: altera autem ex verbis legis 12. tabul. Sic ergo possumus dicere, eam iurisdictionem, id est, quantum ad cognitionem. Tertiò ponderat Decius regulam textus & exceptionem. Nam regula hæc est: *Merum Imperium delegari non potest.* exceptio: *nisi in casu absentiæ.* exceptio autem debet esse de regula, vt notat Bart. in l. in his, ff. de legib. Ergo cum regula loquatur prohibitiuè, quod causæ meri Imperij delegari non possint, nec quantum ad cognitionem, nec quantum ad definitionem; sequitur dicendum, exceptionem esse intelligendam eodem modo, vt scilicet in casu absentiæ delegari possint causæ meri Imperij, quantum ad omnia. Responderi potest: non esse necessarium, vt exceptio sit de regula in totum: sufficit, si pro parte sit, vt est tex. in l. Nummis, & ibi notat Ias. nu. 13. ff. de in lit. iur. satis ergo est, si dicamus: exceptionem verificari respectu cognitionis tantum. Postremò Decius considerat verbum (cognitionis) relatam ad Prætorem, quod proculdubio significat etiam definitionem: quia prætor poterat non solum cognoscere: sed etiam iudicare. Respondetur, id esse verum: sed tamen illud verbum (cognitionis) respectu delegationis restringi posse ad solam cognitionem. Addit Decius: militare eandem rationem etiam respectu definitionis: quia publicè interest, delicta puniri & caussas expediri, l. ita vulneratus, ad l. Aquil. c. finem litibus, de dolo & contum. Hæc enim ratio est, cur magistratus in casu absentiæ delegare possit caussas meri Imperij: quæ videtur locum habere tam respectu cognitionis, quam respectu expeditionis. Respondetur secundum Bolog. non militare eandem rationem, quantum ad expeditionem: quia magistratus absentia non potest esse diuturna. Cito igitur redibit & ipse caussam expediet.

Ego puto, in hoc articulo verissimam esse posteriorem hanc sententiam. Primo in d. l. 1. coniunguntur hæc verba, iurisdictio & exercitatio. Vnde cum textus dicat, mandari posse in casu absentiæ iurisd. videtur velle quod mandari possit etiam expeditio caussæ: quia Iurisd. includit in se caussæ expeditionem & sententiam, l. 1. de iurisd. omn. iud. Secundò: quia, vbi lex facit mentionem cognitionis, includit etiam sententiam, l. Cognitio, de off. eius, iuncta l. 1. de suspect. tut. l. ait Prætor & l. iudex, de re iud. Imo generaliter verbum (cognitionis) à lege prolatum includit etiam sententiam, l. sæpe, l. Generaliter, ff. de off. præsid. l. 1. C. si contra ius, l. Notionem, de verb. sign. l. 1. de constit. Princ.

CAPVT XCIX.

Vtrum iudex delegatus possit alium subdelegare, si habeat hanc facultatem à delegante?

SCripsi lib. 1. controuers. cap. 45. delegatum subdelegare non posse, licet facultatem subdelegandi habuerit à delegante; & vsus sum argumento illo præcipuè, quod delegandi potestas specialiter concessa sit certis magistratibus, l. cum Prætor, §. 1. ff. de iudic. & consequenter in alium transferri non posse, l. 1. in prin. ff. de off. eius. Oriuntur hic difficultates tres.

Prima ex Rimin. Iun. in d. l. 1. nume. 70. vbi scribit: *Posito, quod potestas delegandi competat solis maioribus Magistratibus, & denegata sit minoribus: non tamen inferri posse quod Magistratus illi maiores delegare non possint cum facultate subdelegandi.*

Respondeo, imò rectè id inferri: quoniam si potestas delegandi competit certis duntaxat Magistratibus, qui maiores appellantur, & sunt; ex hoc sequitur, facultatem ipsam delegandi non competere iure Magistratus. Quod enim iure Magistratus competit, omnibus Magistratibus etiam infimis conceditur, vt notat glos. in d. l. 1. in ver. Magistratus; Cum itaque iure Magistratus non competat hæc facultas delegandi, non erit ponenda sub regula secunda d. l. 1. quæ ita se habet: *quæ verò iure Magistratus competunt, mandare possunt.* Continebitur ergo sub prima regula d. l. 1. *quæcunque specialiter, &c. mandata iurisdictione non transferuntur* Et sic delegari non possunt.

Altera difficultas est Francisci Duareni ad tit. de iudicijs vbi dicit. *Ius dandi iudicem non fuisse specialiter lege, Senatusc. vel Constitutione Principum concessum certis magistratibus: aliud enim esse specialiter aliquid concedi per legem, &c. Aliud vero lege concedi. Primum delegari non potest, alterium verò videtur posse delegari.* Respondeo, illud nihil esse: quia cum certis Magistratibus tributa sit hæc potestas dandi iudicem, est perinde, ac si specialiter tributa esset: non quia competit iure Magistratus, sed competit ex dispositione legis vel Principis certis Magistratibus; & sic delegari non potest.

Tertiam difficultatem ego cogitaui: quia text. in l. cum Prætor, §. 1. de iud. non dicit; ius delegandi competere his solis, quibus lege, vel Senatusc. vel constitutione Principis tributum est; sed addit, insuper competere etiam ijs, quibus more id concessum est. Respondetur: certis Magistratibus more id permissum esse propter vim Imperij, vt ibi dicitur, sed iussum modum extendi non posse; vt videlicet, ipsi Magistratus & delegare possint & in delegatum transferri delegandi potestatem. Hoc non dicit ibi textus: nec colligi potest ex natura consuetudinis; imò potius contrarium ex natura consuetudinis potest suaderi: quoniam consuetudo est stricti iuris, nec potest extendi vltra suos terminos, Bald. in l. fin. com. ver. iud. Natta consil. 46 nume. 2. Crau. consil. 30. nu. 9 Bello. consi. 42. nu. 6. Ceph. consil. 338. nu. 45. & alij apud Surdum decis. 131. num. 9.

CAPVT C.

An tutelæ datio competat iure Magistratus & delegari possit?

TRes sunt Doctorum opiniones hac de re. Vna, quod olim tutelæ datio iure Magistratus non competeret, & proinde delegari non posset: sed hodie iure Magistratus competere: at proinde delegari posse. ita glo. in l. 1. in uer. mandari, de off. eius, quam secutus est Alex. ibi, numero 36. quando scilicet, substantia pupilli est infra quingentos aureos. Fundamentum est in §. Nos autem, instit. de Atil. tut. ubi data est potestas defensoribus ciuitatum dandi tutores una cum Antistite ciuitatis. Sed dicebat Fulgosius illum textum non probare, quia soli defensores non possunt tutorem dare sine Antistite. Replicat ad hoc Alex. delegari posse & delegatum

...n Antiſtite tutorem daturum eſſe. Sed Iaſon in ...a prima, numero ſexageſimoſexto, dicit, Ale. x...rrare: quia textus loquitur de ipſo Magiſtratu; ...utem de delegato eius, quod ſcilicet, defenſores ...atum vna cum Antiſtite tutorem dare poſſunt; ...autem, quod hoc liceat delegato ab ipſis defenſo...s. Contra Decius numero 45. eod. lege 1. defendit exand. hac ratione: quia, ſi defenſores non poſſunt ...torem dare ſine Antiſtite; minus hoc poterit facere ...elegatus ab eis, l. nemo plus iuris, de reg. iur. Reſpon...det igitur Decius aliter ad illum tex. dicens: non pro...bare, quod tutoris datio hodie competat iure Magiſtratus, vt loquitur regula text. d. lege prima, dum ait: *Quæ iure Magiſtratus competunt delegari poſſunt*. Eſt enim hæc regula intelligenda ſimpliciter & non ſecundum quid, argum. l. hoc legatum, de legat. 3. Ergo eſt intelligenda hæc regula de his, quæ competunt iure Magiſtratus ſimpliciter & abſolutè, non autem ſecundum quid; prout intelligeretur, ſi diceremus dationem tutelæ iure Magiſtratus competere, ita tamen, vt Magiſtratus vna cum Antiſtite tutorem daret; debet ergo intelligi, iure Magiſtratus competere id, quod ipſe Magiſtratus iure ſuo facere poteſt, ſine alterius authoritate.

Altera eſt igitur opinio huic contraria; videlicet, neque olim, neque hodie dationem tutelæ iure Magiſtratus competere. Ita Dec. in d. lege prima, num. 45. & hanc crebriorem ſententiam eſſe, ſcribit Alfanus ibi, numero 130. & ſequitur Riminald. iun. numero 339. & ſequen.

Primum argumentum eſt ex l. Muto, §. Tutoris datio, de tutel. vbi dicitur: tutoris dationem competere illis ſolis, quibus lege, vel Senatuſc. vel conſtitutione Principum conceſſa eſt. Ergo non competit iure Magiſtratus. Reſpondet Alfanus: illum textum procedere ante conſtitutionem Iuſtiniani, de qua fit mentio in dict. §. Nos autem. C

Secundum argumentum Decij ſumitur ex lege Nec mandante, ff. de tuto. & cur. vbi tex. dicit: nec mandante Præſide alius tutorem dare poteſt. Huius quatuor ſunt expoſitiones, quæ tollunt hoc argumentum, vt colligitur ex Iaſone in d. l. 1. n. 66. & ex Rim. iun. nu. 340. cum plur. ſeqq. Prima expoſitio (nec mandante Præſide) id eſt (Præſide non mandante,) neque enim poterat Magiſtratus tutorem dare ſine iuſſu Præſidum, §. ſed hoc iure, inſt. de Attil. tut. Secunda expoſitio (nec mandante Præſide) id eſt, etiam ſine mandato Præſidis, quę eſt Iaſonis num. 66.

Tertia (alius,) id eſt, priuatus dare tutorem non poterit Præſide, mandante quaſi priuato delegari non poſſit.

Quarta expoſitio (nec mandante Præſide alius,) id eſt, (alius Præſes.)

D Tertium argumentum Decij deſumitur ex l. penult. de off. proconſ. & ex l. 1. §. legatos, de tuto. & cur. in quibus locis probatur, ſpecialiter datam eſſe poteſtatem legato proconſulis dandi tutores. ex hoc enim arguitur iure Magiſtratus non competere. Reſpondet Alfanus, argumentum retorqueri poſſe: quia, ſi competit legato proconſulis: ergo etiam cæteris, quibus mandata eſt iuriſdictio, competere videtur, arguendo de legato proconſulis ad alios. Quod argumentum valat in hac materia delegationis, lege Cognitus, eod. tit. de off. eius, lege prima, §. primo, de ſuſp. tutor.

Quartum argumentum eſt: quia Magiſtratus olim dabant tutores iuſſu Præſidum, lege Lucius. §. cum in teſtamento, de adminiſtr. tutor. ſed hoc eſt immutatum, quando pupilli facultates ſunt infra quingentos aureos. Ergo in reliquis manet incorrectum. Reſpondet Alfanus ſub num. 133. Iuſſum Præſidum non fuiſſe impedimento, quo minus diceretur iure Magi-

A ſtratus competere. Melior eſt reſponſio: quod hodie iuſſus Præſidum non eſt neceſſarius, vbi facultates ſunt infra quingentos aureos, §. ſed hoc iure vtimur, inſt. de Attil. tut.

Poſtremum argumentum eſt: quia tutoris datio eſt magni momenti, cum ſit ius atque poteſtas in capite libero, inſt. de tutel. Reſp. Alfanus: non conſiderari grauitatem tutelæ, ſed quantitatem bonorum à Iuſtiniano, vt patet ex §. Nos autem, de Attil. tut.

Tertia eſt opinio Fulgoſij, Alex. & aliorum quos refert Riminal. iun. in d. l. 1. numero 307. ius dandi tutorem competere iure Magiſtratus etiam inſpecto iure veteri.

Primum argumentum eſt ex l. ius dandi, ff. de tut. & cur. vbi dicitur: ius dandi tutorem conceſſum eſſe omnibus Magiſtratibus, etiam municipalibus.

Reſpondet Decius: hoc eſſe intelligendum præcedente iuſſu præſidis, vt in §. ſed hoc iure, inſtit. de Attil. tut. & in l. Lucius, § cum in teſtamento, de admin. tut. & in l. 1. §. ſi quando, ff. de magiſt. conuen. Sed replicat Rim. iun. poſt alios; non poſſe hoc dici, quod requiratur iuſſus Præſidis: quoniam textus dicit: non poſſe dari tutorem alterius municipij, poſſet autem Magiſtratus dare tutorem alterius municipij, ſi præcederet iuſſus Præſidis. Alia igitur reſponſio adfertur à Rim. iun. & à Pyrrho Alfano; quæ fuit ſolutio Salu. Aldobr. vt ſcilicet, magiſtratibus competat ius dandi tutores, non iure Magiſtratus; ſed ex ſpeciali legis conceſſione & conſuetudine.

Secundum argum. ſequitur ex l. 2. §. ſi mater, ff. ad Tertullian. vbi dicitur: Magiſtratibus municipalibus iniungi neceſſitatem dandi tutorem; ſed reſponderi poteſt, vt ſupra.

Tertium argumentum ſumitur ex lege Diuus, de tut. & cur. Nam dum ibi dicitur: non poſſe Magiſtratum dare tutorem ex vicinis ciuitatibus; videtur inferri, quod poſſit dare aliquem idoneum in ciuitate pupilli commorantem. Contra, reſponderi poteſt eodem modo, prætermiſſa reſponſione Rimin. iun. cui replicat Alſan. videlicet concedendo, Magiſtratum dare poſſe huiuſmodi tutorem; non tamen infertur, iure Magiſtratus competere ex ratione ſupra dicta.

Quartum ex l. Neque à Præſide, C. qui dare tut. poſſ. vbi ſimile argumentum à contrario ſenſu ſumi poteſt: ſed tollitur eadem reſponſione.

Quintum argumentum ſumitur ex l. vbi adſunt, de tut. & cur. vbi Magiſtratus non poteſt dare tutorem collegam ſuum. Ergo alium dare poteſt. Reſpondeo, vt ſupra dictum eſt, negando conſequentiam: ergo iure Magiſtratus competit.

Quid dicendum? videbatur prima fronte in hoc argum. dicendum: tutelæ dationem competere iure Magiſtratus & delegari poſſe. Quia competit omnibus magiſtratibus etiam municipalibus iuſſu Præſidum, vt docet Imp. in §. ſed hoc iure vtimur, inſt. de Attil. tut. ergo delegari poteſt, quoniam Præſes iubendo Magiſtratibus, vt dent tutores, videtur delegare dationem tutorum, quia iubere eſt mandare, glo. Inſt. de Attil. tut. in verſ. iuſſu & mandare eſt delegare, vt in rubr. de off. eius. Iſtis non obſtantibus, ego concludo, neque competere iure Magiſtratus, nec mandari poſſe.

Primò moueor; quia, ſi originem rei ſpectemus, nunquam videbimus hanc dationem tutoris iure Magiſtratus competiuiſſe. Principio enim conſtat ex legibus duodecim tabularum pupillos in tutela agnatorum ſuorum fuiſſe, in inſtit. de legit. agna. tuto. & nullus poterat tutorem dare, excepto parente, in teſtamento, vt in teſt. de tut. §. Permiſſum. Poſt hæc ſuperuenit lex Attilia & Iulia, quibus data eſt

pote-

A Potestas prætori urbano & præsidi dandi tutores, est de Attil. tut. in prin. si datio tutelæ competeret iure Magistratus, sine dubio prætor & præses potuissent tutores dare; nec fuisset opus lege, quæ tribueret eis hanc potestatem. Tertio adempta fuit potestas prætori & Præsidi & data fuit Consulibus, ut in §. sed ex his, inst. de Attil. tuto. & l. 1. ff. de confir. tut. Quarto ablata est hæc potestas Consulibus, & data fuit Prætori tutelari, de quo fit mentio ibid. à Iustiniano & clarius in l. 1. C. de tut. uel curat. illust. ubi constitutum fuit, ut personis illustribus prætor tutelaris tutorem daret una cum Præfecto vrbis. Quintò, Prætor tutelaris recessit ab aula & omnibus magistratibus data est potestas iussu Præsidum prouinciæ, & hoc ex quadam consuetudine, vt habetur in §. sed hoc iure vtimur, instit. de B Attil. tut. per quem text. declaratur textus in d. l. Ius dandi, de tut. & cur. Postremo facta est constitutio a Iustiniano, quod defensores ciuitatum vna cum Antistite dent tutores, §. Nos autem, de Attil. tut. Est igitur dicendum: tutelæ dationem non competere iure Magistratus, nec vnquam competiuisse: quia nunquam ex natura Magistratus nec in generali auctoritate Magistratus comprehensa fuit authoritas dandi tutores.

Secundo moneor ex l. muto, §. Tutoris datio, de tutel. iuncta l. 1. de off. eius. Non obstat responsio Pyrrhi, illum textum procedere secundum ius antiqnum non autem post constitutionem, de qua fit mentio

A in d. §. Nos autem, quia respondeo, imò per constitutionem Iustinia. probari, non comp… iure Magistratus; quia si competeret iure Ma…tus, hodie non fuisset opus constitutione specia… imò hæc inuicem opponuntur: competere iure Ma…tratus & ex constitutione Principis, vt in l. 1. in… de off. eius.

Postremo moueor ex l. Nec mandante, ff. de iur. Nec obstant expositiones allatæ; quia sunt … natiuæ omnes & contra proprietatem dictionis … quæ exponitur pro (neque) Alber. in diction. Bar l. sæpe, num. 3. de verb. sig. Non obstat, quod dicitur iussu: quia aliud est iussus, aliud delegatio, vt dicebat Alfan in d. l. 1. Iussus enim excitat iurisdictionem B non autem inducit delegationem, sicuti bene declarat Aldob. in d. § sed bene vtimur, sub numero 21. quia scilicet Magistratibus id erat concessum à lege Præside iubente; ita, quod Magistratus hac in re non procedebant ex delegatione Præsidum; & huic interpretationi consonant verba d. l. ius dandi, dum ait: *Ius dandi tutores datum est omnibus Magistratibus municipalibus, eoque iure vtimur &c.* Cur autem Magistratus dare non possit tutorem hominem alterius municipij vt ibi dicitur, ratio illa est: quoniam tunc demum dandus est tutor alterius municipij, quando nullus in ciuitate idoneus reperitur, l. Diuus, eodem tit.

Solis Deo Trino, & Sanctis gloria.

F I N I S.

ANDREÆ

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER DECIMVSTERTIVS

CAPVT PRIMVM.

De vero intellectu l. 1. de off. eius.

COMMVNIS intellectus l. 1. de off. eius hic est secundum glossam, Bartol. & DD. omnes communiter, caussas meri, & mixti Imperij delegati non posse: quia specialiter, & in priuilegium tribuuntur maioribus Magistratibus. Caussæ verò simplicis iurisdictionis, & aliç, quæ competunt omnibus Magistratibus, etiam minoribus, delegari possunt. Hic communis intellectus reprehenditur a Decio multis rationibus.

Primò: quia textus dicit: *Quæcunque specialiter lege vel Senatusconsulto tribuuntur.* & nullam facit mentionem caussarum meri, & mixti Imperij. Ergo illa verba non sunt restringenda ad caussas meri, & mixti Imperij: quia continent omnes caussas specialiter tributas. Respondet Bolognet. in d. l. 1. sub numer. 66. & Pyrrhus numer. 112. omnes caussas specialiter commissas comprehendi, dummodo in priuilegium sint concessæ maioribus Magistratibus; ita quod minoribus non sint concessæ. Et hoc, quia verbum specialiter significat priuilegium, l. si non speciali, C. de testam. l. ius singulare, ff. de legibus. Hoc igitur verbum specialiter restringit verba legis ad caussas meri, & mixti Imperij, de quibus cognoscunt solùm Magistratus maiores, non autem minores.

Secundò, inquit Decius, contra communem intellectum textum loqui impersonaliter dicens: *Quæcunque tribuuntur.* & non dicit textus, Magistratibus maioribus. Ergo videtur diuinatio exponere textum, vt loquatur de caussis in priuilegium concessis maioribus Magistratibus, cùm de Magistratibus nullum verbum faciat. Respondet Bolog. vbi supra, licet non fiat mentio in textu de Magistratibus; tamen necessariò subintelligendam esse personam Magistratus, tanquam subiectum, cui huiusmodi caussæ committuntur. Maximè, cùm illud verbum tribuuntur referatur ad Magistratus. Et quia hæc solent committi maioribus Magistratibus, & minoribus denegantur, prout sunt caussæ meri Imperij, de quibus posteà textus loquitur, meritò dicendum videtur, textum esse intelligendum, de caussis concessis maioribus Magistratibus in priuilegium.

Tertiò mouetur Decius, quia secundum communem intellectum, tota vis consisteret in eo, quod caussæ essent commissæ maioribus Magistratibus, vt non possent delegari; & sic nulla esset habenda ratio, quod specialiter caussæ essent commissæ. Quod tamen maximè consideratur in ipso textu. Respondet Pyrrhus Alfanus vbi supra, quod si caussæ competunt maioribus Magistratib. & minoribus denegantur; ex hoc constat, illas esse specialiter tributas maioribus, & sic verificatur illud verbum specialiter ponderatū in textu.

A Quartò mouetur Decius, quia versi. *Quæ verò iure Magistratus competunt.* stante communi intellectu restringitur ad minores Magistratus, quod videtur absurdum. Primò: quia multa competunt maioribus Magistratibus, eo ipso, quòd sunt Magistratus; & sic iure Magistratus. Deinde: quia iste versiculus venit aduersatiuè ad verba præcedentia. At hæc est natura aduersatiuè, vt in ea reperta esse intelligantur omnia præcedentia, exceptis his in quibus aduersatur, vt notat Bartol. in l. si mariti, §. vltim. ff. de adult. Si ergo supra textus locutus est de maioribus Magistratibus, videtur dicendum, etiam in hoc versiculo loqui de maioribus Magistratibus. Respondent Bolognet. & Alfan. quamuis maioribus Magistratibus aliqua iure Magistratus competant; tamen hæc esse communia cum minoribus Magistratibus. Itaque ille versiculus intelligi potest de maioribus Magistratibus; sed respectu caussarum minimarum

B quæ conceduntur etiam minoribus Magistratibus: vel respectu caussarum meri, & mixti Imperij, & simplicis iurisdictionis, quæ competere dicuntur iure Magistratus tam maioribus quam minoribus, & delegari possunt.

Quinto igitur loco Alciat. lib. 2. paradox. cap. primo mouetur contra intellectum communem: quia caussæ mixti Imperij delegari possunt adducens leges, & auctoritates. De hac quæstione iam satis supra disputatum est.

Sextò igitur insurgit Alfan. nu. 114. quia bonorum possessio est mixti Imperij, l. Imperium, de iurisd. om. iud. & tamen non est specialiter delegata Lege, Senatusconsulto, vel Constitutione Principis; sed pendet ex Prætoris edicto, instit. de bon. poss. in princ. Similiter cautio damni infecti est mixti Imperij, l. iubere, cauere, de iurisd. omn. iud. & tamen venit ex Prætoris edicto, l. 1. de damn. inf. Responderi potest: fieri

C posse, vt aliquæ caussæ mixti Imperij reperiantur, quæ non sint specialiter tributæ à lege, uel Senatusconsulto, &c. Textus autem dictæ legis primæ loquitur de caussis mixti Imperij, quæ specialiter tribuuntur; ideoque delegari non possunt: sed aliæ supradictæ delegari possunt, d. l. 1. de dam. inf. l. 4. §. duas, eod. titul. l. cognitio, §. vt bonorum, eod. titul. de off. eius.

Septimo opponit Alfanus, quod textus in d. l. 1. nullum exemplum adferat de mixto Imperio, sed tantum de merotantùm subdit. Merum Imperium, quod lege datur, delegari non posse, excipiendo illud a regula generali eiusdem textus, quod iurisdictio mandari posset. Quo quidem argumento vsus est etiam Alciat. vbi supra. Respondet Bolognetus pro caussis mixti Imperij facere textum in l. 2. ff. eod. tit. Sed malè, iudicio meo: quia illa cognitio de caussis

ma-

A manumissionum specialiter erat mandata, vt alias dixi, in quaestione illa, an mixtum Imperium delegari posset.

Octauò opponit Alfanus, secundum communem intellectum opus esse restringere textum in versiculo: *Quæ verò iure Magistratus*: ad defensores ciuitatum quibus cognitio tantum competebat de caussis quinquaginta aureorum, l. 1. C. de defens. ciuit. licet postea aucta sit iurisdictio vsque ad trecentos aureos, in §. audient. in auth. eod. tit. quod videtur esse absurdum. Respondêri potest, non esse absurdum: quia delegare possunt etiam alias caussas maiores propter impedimentum absentiæ, vel propter occupationes, l. placet, C. de pedan. iudic.

Postremo mouetur Pyrrhus ex l. Prætor, & l. solent, de iurisd. om. iud. vbi prætor solet totam suam iurisdictionem, aut partem mandare. Ergo facultas delegandi non potest restringi ad caussas trecentorum aureorum. B Responderi potest ex mente Bolog. id quod dicitur in d. l. Prætor, & l. solet. restringendum esse ac limitandum, prout in textu nostro, vt videlicet Prætor delegare possit in casu absentiæ: item, vt delegatio fieri non possit de caussis in priuilegium concessis maiorib. Magistratibus.

Secundum intellectum Fulgosius attulit, & Alciat. lib. 2. parad. cap. 1. Iacob. Cuiac. & multi alij recentiores, quem habuit etiam Gloss. in lege prima, versic. specialiter, C. ne lic. poten. textum hunc in prima parte intelligendum esse, prout verba sonant. Vt, verbi gratia, quod lege Iulia, vel Cornelia, vel Pompeia, vel Senatusconsulto Sillan. (specialiter,) id est, nominatim tributum est, & concessum: vel constitutione Principis, id Magistratus delegare non possint. Quod vero competit Magistratibus eo ipso, quod sunt Magistratus, delegari possit, prout in secunda regula. Et fundamentum est: quia verbum (specialiter) Latinè significat nominatim, ponitúrque ad differentiam C verbi generaliter, lege item apud Labeonem, §. hoc edictum, de iniur. lege prima, §. dixerit aliquis, de publica, lege prima, ff. si quis caution. in §. quæsitum. Albericus in dictionario in versicul. specialiter cum alijs legibus adductis per Decium sub num. quadragesimoprimo.

Multa obijciuntur. In primis Alexand. opponit textum in l. Placet, C. de pedan. iud. & alia iura, in quibus probatur, caussas mixti Imperij, quæ officio iudicis nobili expediuntur delegari non posse. Ex hoc enim vult inferre, naturam caussæ, & qualitatem Magistratus impedire delegationem; non autem specialis concessio, facta à lege, vel Senatusconsulto vel constitutione Principis.

Responderi potest concedendo, quod aliquæ caussæ mixti Imperij sua natura delegari non possint: sed istud erit constitutum alijs legibus; non autem in hac lege D nostra.

Secundò opponit Iason naturam aduersatiuæ dictionis in versiculo. *Quæ vero iure Magistratus*. Debet enim aduersari in iure & in facto, vt docet Bartol. in lege hoc amplius, §. de his, de dam. infect. Ergo cum versiculus (quæ vero) loquatur de his, quæ competunt iure Magistratus; oportet dicere, Principium loqui de his, quæ competunt priuilegio Magistratus.

Nihil est, secundum Decium: quia in prima parte textus loquitur de his, quæ specialiter committuntur: & huic rei aduersatur altera regula, quæ loquitur de his: quæ competunt iure Magistratus.

Tertiò opponit Decius contra hunc intellectum; quia sequeretur, quòd caussa specialiter commissa à lege, etiamsi esset minima, non posset delegari, quod videtur absurdum, secundum Innoc. in cap. vlt. §. 1. de off. deleg.

Respondet Decius, id non esse absurdum adducens Panorm. in d. §. primo, & quia forma data à lege etiam in minimis seruari debet, adducens Bald. in l. 1. de lib. & posth.

Quartò opponit Decius textum in l. à iudice, Cod. de iudic. vbi delegatus Principis potest subdelegare, & tamen ei specialiter caussa est commissa à Principe. Respondet, textum loqui de caussa specialiter commissa à lege vel à Principe contemplatione, & fauore ipsius caussæ; non autem de caussa delegata: quia caussa delegata intelligitur, vt tollatur de manu ordinarij. Sed melior est responsio Alfani dicentis: diuersam esse rationem, quia ordinario Magistratui Princeps committit caussas generales, & speciales: vnde verisimile est, voluisse Principem delegari caussas, quas specialiter committit. Hæc autem ratio cessat in delegato Principis, cum ei omnes caussæ specialiter demandentur.

Quinto idem Decius opponit text. in §. audien. in auth. de defensor. ciuit. vbi defensoribus ciuitatum specialiter sunt commissæ caussæ vsque ad summam trecentorum aureorum, & tamen possunt delegari.

Respondetur, concessas esse huiusmodi caussas, non specialiter; prout loquitur textus noster, sed taxatiuè ad moderandam iurisdictionem defensorum ciuitatis.

Sextò opponit Bologn. omnes caussas secundum Originem earum fuisse specialiter tributas certis Magistratibus, l. 2. §. Capta, de orig. iur. instit. de fideicom. miss. hæt. in prin. Ergo sequeretur, nullam caussam delegari posse.

Respondeo, id præsuppositum negando: quoniam, dico, multas esse caussas, quæ competunt iure Magistratus, vt patet ex l. nostra, in 2. reg. & l. 2. ff. ad l. Aquil. & alibi, ut puta in caussis super contractibus, super negotijs, & iuribus contrahentium: quia competunt iure Magistratus: non autem aliqua speciali lege, uel Senatusconsulto, uel constitutione Principis. Adde, quod regula textus in d. l. 1. loquitur de Magistratibus tam constitutis, quibus lege, Senatusconsulto, &c. specialiter caussæ sunt concessæ: & sic non bene infertur ex Origine Magistratuum ad tempus, quo iam constituti sunt.

Septimo opponit Bolognetus, & cum eo Alfanus stante hoc intellectu, omnes caussas delegari posse: quia generaliter, nunc commissæ sunt Magistratib. l. 1. §. cum vrbem, de off. præfecti vrbis, leg. omnia, de offic. præsid. l. si in aliquam, §. ult. de off. Proconf. l. nemo potest, de reg. iur. quod tamen est absurdum. Respondeo, impediri delegationem multarum aliarum caussarũ: licet non specialiter sint concessæ, non uigore huius legis nostræ, sed aliarum legum. Possunt enim hæc simul stare: quod, quæ specialiter tribuuntur, mandari non possint, ut in l. nostra, & quod etiam quædam sint non specialiter concessa, quæ tamen delegari non possint, prout sunt caussæ meri Imperij, l. nemo potest, de reg. iur.

Omitto alios intellectus breuitatis caussa, cum nullum operæpretium facturus sim in referendis omnibus alijs interpretationibus.

Quid igitur dicendum? Videbatur mihi prima fronte amplectendus communis intellectus.

Primò: quia res dubia est inter Dd. ut iam patet. In dubio autem melius uidetur inhærere communi sententiæ, c. ne innitaris, de constit.

Secundo; quia iurisdictio delegata uidetur esse odiosa, glos. in cap. 1. de rescript. in 6. ergo uidebatur textus noster restringendus ad caussas simplicis iurisdictionis.

Istis non obstantibus, ego sequor intellectum Fulgosij, repudiato communi intellectu.

Primò.

A Primò: quia fundamentum communis intellectus non est satis firmum, quòd scilicet verbum specialiter significet priuilegium. Ius speciale significat priuilegium: similiter constitutiones speciales denotant priuilegia, lege prima, de constitutio. Princip. sed verbum, specialiter, quod denotet priuilegium, hoc ego non reperio: quia significat nominatim, vt dictum est, & declarat Alberic. in dictionario, in verbo specialiter.

Secundò: quia intellectus Fulgosij magis conuenit literæ, & pro se habet tex. in l. x. infra eod. tit. iuncta l. 1. ff. de reb. cor. & in leg. cum hi, §. sed nec mandare, ff. de trans. & in l. Muto, §. tutoris datio, ff. de tutelis, iuncta l. nec mandante, eod. tit. & in l. 1. C. ne lic. potent. iuncta gl. ibi, & plurima alia exempla, quæ commemorat Vacon. à Vacuna, lib. 6. declar. ior. c. 79. sed melius Cuiac. in commentarijs huius legis.

Tertiò moueor: quia quando caussæ specialiter B sunt commissæ lege vel Senatusconsulto, manifesta supperit ratio, cur delegari non possint: è conuerso autem, cur delegari possint ea, quæ iure Magistratus competunt, ratio est in promptu, & hæc est. Nemo potest in alium transferre, quod ipse non habet, l. nemo plus, de regul. iur. Nemo potest delegare qui iurisdictionem habet non iure proprio, sed alieno beneficio, lege more, de iurisdict. ergo Magistratus, potest delegare ea, quæ habet ipse tanquam Magistratus: quoniam illa habet iure proprio, eo ipso quod est Magistratus. Quæ verò habet non iure Magistratus; sed ex speciali prouisione legis, aut Principis, aut Senatusconsulti: illa non habet iure proprio. Merito delegare non potest. Ratio rationis hæc est: quia lex specialiter committendo illi, & denegando cæteris Magistratibus, sed manifestè declarare videtur se velle, vt ille solus Magistratus cognoscat; non autem alij delegare possit, cum ipsa lex vel Princeps vel Senatusconsultum noluerit eiusmodi caussas communicare omnibus Magistratibus, sed specialiter demandauerit.

Non obstant rationes supra adductæ pro communi intellectu: quoniam communis intellectus non est sequendus, vbi in contrarium est veritas, seu contraria opinio melioribus rationibus munita est, Abb. in cap. 1. in fi. de constit. Rol. consil. 10. in fi. lib. x. Ad alterum argumentum respondeo, iurisdictionem delegatam esse aliquando etiam fauorabilem, l. 1. de dam. infect. l. cognitio, §. vlt. de off. eius.

CAPVT II.

Vtrum, si Magistratus delegauerit, propter absentiam, caussas meri Imperij; intelligatur delegatio reuocata statim atque Magistratus est reuersus?

Communis est, & vera sententia, iurisdictionem delegati exspirare statim atque reuersus est Magistratus, qui propter absentiam caussam delegauit. Vide post Bartol. & alios Riminaldum iun. in l. 1. de offic. eius, num. 578. Pyrrhum num. x63. & alios recentiores.

Fundamentum est: quia absentia fuit in caussa delegationis, & ideo cessante absentia cessat ipsa delegatio, argument. lege non solum, §. primo, ff. de excusat. tut. & capit. si quem, de procurator. libro sexto. Cessante enim caussa, cessat effectus nondum consummatus, quando effectus rei habet tractum successiuum, §. item hi, institut. de excusat. tutor. & notat Bald. in l. Generaliter, C. de Episcop. & Cleric.

A Contrariam sententiam habuit Dec. in d. l. 1. de off. eius, quando res non esset integra: quia scilicet, delegatus cœpisset caussam cognoscere; sequitur Roman. ibidem, & Aquen. necnon Curtius iun. moti sequentibus argumentis.

Primum est ex c. quamuis alicui, de off. deleg. lib. 6. & c. venerabili, de off. delegati, vbi consideratur, an res sit integra, vel non, sicut & in leg. si pecuniam, de cond. cau. da. Respondetur caussam ibi fuisse simpliciter delegatam non autem ob certum aliquod impedimentum. Sed in quæstione nostra facta fuit delegatio propter absentiam, merito cessante absentia exspirat delegatio.

Secundum argumentum est, ex leg. Iudicium soluitur, de iud. vbi iudicium soluitur vetante, qui iudicare iussit. Ergo requiritur expressa reuocatio. Respondeo, textum illum loqui de iudice simpliciter dato, non ob aliquod impedimentum: sed in quæ- B stione nostra datus fuit iudex propter absentiam: meritò ibi necessaria est reuocatio; hic verò non est necessaria.

Tertium argumentum est: quia, si Magistratus reuertatur, & iterum proficiscatur, statim non extinguitur delegatio: quia non videtur reuersus, qui statim profecturus est, l. cum alijs, C. de iur. fis. Ideò an iurisdictio delegati exspiret propter reditum, videtur pendere à futuro euentu. Respondetur, statim reuerso Magistratu intelligi posse, an sit mansurus. Si non sit mansurus, non videtur reuersus, l. aliud est capere, §. peruenisse, de verb. sign. At nos loquimur, quando constat Magistratum esse mansurum.

Quartum argumentum est: quia iste delegatus videtur habere potestatem à lege propter absentiam Magistratus. Sed respondetur, legem non imponere necessitatem Magistratui delegandi: sed dare ei potestatem, si velit l. 1. §. huius rei, de offic. C eius, meritò pendet à Magistratu delegatus, non à lege.

Quintum argumentum est ex cap. cum plures, de off. deleg. in 6. & ex cap. si duo, §. cæterum, de procurat. in 6. Respondet Rim. iun. in d. l. 1. num. 595. Illud argumentum ad rem non facere: quia ibi, qui cæpit, non habuit potestatem ab impedito, sed ab alio. Sed in quæstione nostra delegatus habuit eam potestatem ab impedito, propter absentiam, meritò, eo reuerso, cessat impedimentum & delegatio. Quædam alia argumenta leuiora refert, & refellit ibi. Rim. iun. ad quem me remitto.

CAPVT III.

Argumentum à contrario sensu ex legibus an rectè desumatur?

D Communis est, & vera DD. sententia in l. 1. de off. eius, argumentum à contrario sensu in legibus rectè desumi, & validum esse adeo, vt dixerit Baldus esse textum legis in consil. 142. n. 3. lib. x. cuius mentionem faciunt Hipp. Rim. ibi num. 173. & Pyrrh. Alfan. n. 104.

Primò probatur ex d. l. 1. de of. eius in vers. huius rei fortissimum arg. vbi Papinianus argumentatur à contrario sensu hoc modo: *Lege Iulia de vi nominatim cauetur, ut is cui obuenerit exercitatio, possit eam si proficiscatur, mandare. Non aliter itaque mandare poterit, quã si abesse cœperit. Cum alias iurisdictio etiam à præsente detur.* Secundò in l. ex eo, ff. de testibus, vbi textus dicit: *Ex eo, quòd prohibet lex Iulia de adulterijs testimonium dicere condemnatam mulierem: colligitur, etiam mulieres in iudicio testimonij dicendi ius habere.* Tertiò ex

l. qui testamento, §. si mulier, de testa. vbi idem dicitur. Quartò, ex l. cum lex ff. de legibus cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. Quintò, ex l. iurisgentium, Prætor ait, de pactis, iuncto §. pactorum, eadem lege, vbi Prætor ait: *Pacta conuenta quæ neque dolo, &c. facta erunt, seruabo.* & postea in §. Pactorum, ait textus; *Dolo malo, ait prætor, pactum se non seruaturum.* Sextò, ex l. cùm prætor, de iudic. vbi, si prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id committere videtur, vt rectè declarat Rimin. iun. in d. l. 1. num. 184. Septimo, ex l. Pater filium, §. quindecim, de legat. 3. vbi testator prohibuit alienationem libertis alijs personis extra ipsos: & cum quidam ex his libertis vendidisset partes suas collibertis, textus dicit: *Vendidisse secundum voluntatem defuncti testatoris*: quia scilicet, liberti fuerunt ex illis, quibus permiserat testator vendi. Octauo, ex l. si quis ex argentarijs, §. argentario, de eden. ibi: *Argen. &c. causa cognita edi iubebo prohibet argentario edi. &c.* textus enim argumentatur à contrario sensu dum dicit edi iubebo causa cognita. Ergo causa non cognita prohibebo edi. Nonò, ex cap. puellæ, 20. quæst. 1. iuncto cap. cum iurium, de reg. ibi in contrarium sensum sumitur, &c. Decimò, ex cap. cum Apostolica, de his quæ fiunt à Prælatis, ibi: Nam & in Lateranens. Concilio, &c. vbi Summus Pont. sumit ipse argumentum à contrario sensu. Sed operæpretium est, confutare argumenta Decij.

Primum est circa textum in l. 1. de off. eius, ait enim ibi lex Iulia. *Permittit mandari caussas meri Imperij, si proficiscatur Magistratus*, non tamen sumi argumentum a contrario sensu. Ergo vetat, si non proficiscitur; sed cessat permissio: quia inter prohibere & permittere datur medium; sicut inter velle, & nolle medium est, non velle, l. 1. §. scientiam, ff. de tributo. Sed decipitur secundum Rim. iun. & Alfan. quia textus dicit: *Possit eam, si proficiscatur mandare*: ergo si non proficiscatur, mandare non poterit: si non poterit mandare: ergo erit prohibitus mandare.

Secundum, inquit Decius; inducta ad vnum finem, contrarium non debent inducere, l. legata inutiliter, de alim. leg. contra intentionem disponentis, l. non omnis, si cert. pet. Respondetur, id quod deducitur ex contrario sensu, non esse contra mentem disponentis: imò secundum mentem, vt patet ex legibus supra allegatis pro communi opinione.

Tertium mouetur ex notatis per Bald. in l. 1. in fine, C. de inut. stip. vbi inquit: *Si statutum dicat minorem quindecim annis non posse obligari sine certa solennitate, non propterea statutum velle habilitare maiorem quindecim annis: quia post ætatem quindecim annorum cessat quidem prohibitio statuti, sed res manet sub dispositione iuris communis.* Respondeo cum Rim. iun. in d. l. 1. nume. 187. ideo non sumi argumentum à contrario sensu in casu dicti statuti, ne sequatur correctio iuris communis.

Quartum mouet Dec. ex c. indecorum, de ætat. & qual. vbi constitutum est, minorem quatuordecim annis ad regendam Ecclesiam non admitti: & tamen non rectè infertur. Ergo, si sit maior quatuordecim annis, admittendus erit. Respondeo cum eodem Rimin. iun. vbi supra, non posse hoc inferri a contrario sensu in prædicto casu: quia sequeretur correctio iuris communis, cùm requiratur ætas viginti quinque annorum, capitul. cum in cunctis, de electio.

Quinto mouetur Deci. ex l. vltim. §. filijs autem, C. de bon. quæ lib. vbi filiusfamilias prohibetur testari in his duntaxat, in quibus Patri acquiritur vsusfructus; & tamen non sequitur, posse testari de

A his rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, l. pen. C. qui test. facere poss. Respondetur, eodem modo non posse desumi argumentum; quia sequeretur correctio d. l. pen.

Sextum adducit tex. in l. 2. C. de natur. lib. vbi, filijs legitimis extantibus, permittitur patri relinquere naturalibus vnam vnciam: & tamen non sequitur à contrario sensu. Ergo, non extantibus filijs legitimis, poterit eos hæredes instituere in totum. Respondeo istud esse; quia sequeretur correctio legis l. humanitatis, C. eod. tit.

Septimum adducit textus in l. commodissimè, de lib. & posth. vbi casus omissus habetur pro omisso, nec potest sumi argumentum a contrario sensu. Respondeo secundum Alfanum in d. l. 1. num. 90. de off. eius, istud esse, ne sequatur exhæredatio filij, quod videtur esse contra mentem patris: quia pater præsumitur diligere filium, l. isti quidem, ff. quod metus caus.

B Postremum adducitur ex textu in l. vltim. de legat. 1. vbi non sumitur argumentum a contrario sensu. Respondeo istud esse; quia constabat de fide epistolæ, scilicet, eam esse scriptam manu testatoris, vel eo volente: & sic vim habuisse obsignatæ voluntatis, quam testator declarauerat, valere debere iure codicillorum quia certum erat, in ea scriptura sic obsignata, nullam fraudem esse; eamq; esse testatoris voluntatem, sigillum, quod solet apponi ad probandam scripturam, cap. 2. de fide instrum. cùm igitur eadem non militaret in epistola: quia licet non esset obsignata; constabat tamen de eius fide: meritò desumi non potuit argumentum à contrario sensu, hoc modo. Testator voluit valere id, quod erat obsignatum: ergo noluit valere id, quod non erat obsignatum. Non rectè infertur hoc; quoniam epistola non obsignata perinde fidem merebatur, ac si obsignata fuisset, cùm de eius fide C constaret.

Cætera argumenta leuiora prætermitto. Et sic concludo, communem sententiam veriorem videri. Vide etiam pro confutatione Decij Æmil. Feret. in l. qui testamento, §. mulier. ff. de testam. Alciat. resp. 778. Rim. consi. 132. lib. 2. Rim. iun. consi. 110. nu. 49. sed vide omnino D. Manticam melius explicantem quam quisquam alius de coniect. lib. 3. tit. 15.

CAPVT IIII.

Argumentum à contrario sensu an sumi possit ex glossis?

ARgumentum à contrario sensu ex glossis sumi non posse, dixit Alex. in l. 1. n. 28. de leg. 1. Euerard. in centur. leg. c. 4. circa fin. vers. illud autem pro indubitato, Neuiz. cons. 16. col. fin. nu. 9. Osasc. decis. ped. 51. nu. 30. Surd. cons. 351. nu. 43. Nullum hæc sententia fundamentum habet, nisi quod non sit solitum argumentum duci ex dictis glossarum, & Doctorum. Ac ideò contrariam sententiam, & communiorem, & veriorem esse iudico, quam amplexi sunt multi a Rim. iun. citati in l. 1. num. 523. de off. eius, & ab Alfan. ibid. num. 203.

Fundamentum est præclarum, & firmum: quia argumentum a contrario sensu sumitur ex mente disponentis, l. iurisgentium, §. sit prætor, iuncto. §. dolo malo, de pactis, l. si quis §. argentario, iuncto vers. prohibet, ff. de eden. cum igitur mens in omni sermone præcipuum locum obtineat, c. intelligentia, de verb. sign. nil proponi video, cur etiam ex dictis DD. & glossarum sumi non possit hoc argumentum, sicut desumpsit Salyc. in l. 3. §. vlt. de cond. ob cau.

Loffred.

Loffred. consilio primo numero 51. Rom. sing. 252. Tuscis, Imol. in l. qui testamento, §. mulier, ad fin. ff. de testam. & quod in quacunque dispositione mens præualeat & attendi debeat, tradunt Bart. & Castr. in l. in ambiguo, de reb. dub. cum alijs à Rim. iuo. citatis vbi supra, num. 411. & num. 524.

CAPVT V.

De argumento à contrario sensu ad intellectum l. 2. C. de condit. insertis.

GLossa in l. 1. in uer. fortissimum, de off. eius, loquens de argumento à contrario sensu, quod ualet secundum communem Dd. sententiam, vt dictum est, opponit textum in l. 2. C. de condit. inser. Pater in testamento ita scripserat, vt filia hæres B instituta caueret Titio legatario de præstando ei legato adueniente die vel conditione: *Si a marito suo non diuertisset.* Non diuertit à marito, & cautionem præstare recusabat, argumentando à contrario sensu, hoc modo Testator voluit cautionem præstari, si non diuerterem à marito meo: ergo, si diuerterem, noluit præstari: sed si testator dixisset, cautionem præstandam non esse; si diuerteret, remissa cautio intelligeretur; etiamsi non obtemperasset voluntati testatoris, etiamsi non diuertisset. Ergo & in casu proposito filia non tenetur præstare cautionem. Quod autem cautio remissa intelligeretur; licet non seruaret filia illam conditionem, (si diuerteret,) hoc probari posse videbatur ex l. Reprehendenda, C. de institu. & substitu. & ex l. sed neque. §. vlt. ff. de vsu & hab. quibus in locis probatur, quòd si hæreditas vel legatum fuerit relictum filiæ sub conditione, (si diuerteret,) debetur C ei legatum, etiamsi conditionem non obseruet (etiamsi non diuertat.)

Sed contrarium fuit decisum in textu, videlicet filiam cauere oportere. Igitur argumentum à contrario sensu non est fortissimum: imò non valet. Respondet Bat. in d. l. Alex. Ias. & cæteri communiter, non valere ibi argumentum à contrario sensu: quia resultaret prauus intellectus; consistit autem in hoc prauus intellectus: quia dum testator iussit cauere, (si non diuertisset à marito,) videretur cautionem remisisse, (si diuertisset.) Diuertere autem à marito est turpe, & prohibitum a lege. Hic intellectus reprehenditur a Decio in d. l. 1. quia textus ibi dicit, dispositionem d. l. reprehendenda, non habere locum in casu illo. Igitur, etiamsi testator expresse dixisset, vt non caueret, (si diuerteret) cautio non remitteretur, & sic argumentum ibi a contrario sensu sumitur. D Sed ideò cautio præstanda est, quoniam testator non potuit eam remittere, etiamsi expresse dixisset. Obstat huic reprehensioni Decij textus in l. scire, C. vt in poss. legat. vbi dicitur, hanc cautionem expresse remitti posse à testatore. Aliter reprehendit hunc intellectum communem Pyrrhus Alfanus dicens: imò ibi sumi argumentum a contrario sensu circa voluntatem testatoris; quoniam dicit textus, absurdum esse perpetui edicti negligi formam, eo quod filia non obtemperasset patris voluntati. Nam, cùm pater iussisset eam cauere, (si non diuerteret) videbatur declarasse suam voluntatem fuisse, vt filia diuerteret. Quod est argumentum a contrario sensu. Secundò igitur loco respondet Deci. ex mente Petri, & Alberici, non tractati ibi de argumento a contrario sensu, quasi sit casus specialis, in quo non valeat argumentum a contrario sensu: quoniam conditio illa (si diuerteret) aliquando adijcitur legato, & tunc non valet: & legatum A nihilominus debetur, d. l. Reprehendenda. Aliquando verò apponitur præstationi cautionis, & tunc cautio non intelligitur remissa, quoniam absurdum esset, negligere formam perpetui edicti, quod iubet præstari cautionem ex eo, quod patris voluntati non obtemperaret filia: quia videlicet, conditio (si diuerteret) reijceretur. Sic enim fieret contra dispositionem testatoris, & legis. Non obstat, si dicatur cautionem remitti posse a testatore, d. l. scire, quia hoc est verum, quando testator dispositiue remittit, prohibendo, videlicet simpliciter, & absolutè cautionem præstari: secus, quando conditionaliter cautio remittitur. & ratio est: quia conditio nihil ponit in esse, l. si quis sub conditione, ff. si quis omis. caus. testa. Hæc interpretatio Decij reijcitur ab Alfano multis rationibus.

Primò: quia negat Dec. hic tractari de argumento à contrario sensu, & tamen verba textus in fine contrarium indicant, ibi: *cum absurdum sit, &c.*

Secundò, dum Decius vult, si filia non præstet cautionem, fieri contra legis dispositionem & testatoris. Nam, si filia diuerteret, & sic filia patris voluntati obtemperaret, a marito diuertendo, non esset absurdum negligi formam edicti.

Tertiò, quia Decius ait: per verba conditionalia non posse remitti cautionem; quia conditio non disponit: verius enim est, sumi posse argumentum a contrario sensu, etiam in conditionib. l. Pecuniam quam ff. si cer. pet. l. Aliquando, de cond. & dem. & quod dicitur, conditio nihil ponit in esse, debet intelligi, dum ea pendet; secùs quando euenit conditio, l. cedere diem, de verb. sign.

Tertia igitur opinio fuit Riccardi Malumbræ, quem refert Albert. in d. l. 2. C. de cond. infer. Argumentum a contrario sensu non habere locum in d. l. 1. C quia testator præcepit caueri, (si non deuertisset) ergo (si diuertisset) non præcepit caueri, sic enim sumitur argumentum a contrario sensu; sed tamen tenetur mulier cauere ex præcepto legis. Omissa responsione Alfani iniustè negantis, testatorem ibi præcepisse, & insistentis in eo, quòd valeat argumentum a contrario sensu, etiamsi inter duo contraria detur aliquod medium, veluti est: inter præcipere & prohibere: datur enim medium, quod est, non præcipere, & nihilominus argumentum ualet, l. cum lex, ff. de legib. Omissa, inquam, hac responsione, uidetur reijciendus hic intellectus, propter ultima uerba text. in d. l. 2. ibi: *cum absurdum sit.* nam colligitur ex illis uerbis argumentum a contrario sensu, ut supra deductum est ac declaratum: sumitur etiam argumentum a contrario sensu ibi: *nec exemplum.*

Ego porro ex mente Pyrrhi Alfani & aliorum recentiorum hunc esse uerum sensum illius legis: quòd D ualeat quidem argumentum a contrario sensu, ut probatur in illis uerbis: *cum absurdum sit*: & in illis uerbis: *cum exemplum.*

Quod uerò attinet ad decisionem, certum est; cautionem remitti posse a testatore legatorum præstandorum, dict. l. scire, & intelligi remissam ex quolibet indicio uoluntatis eius, l. 2. C. ut in poss. leg. ideò cum testator dixerit, ut filia caueret, si non diuertisset, proculdubio uoluntas testatoris hæc erat, ut si diuertisset, non caueret; filiam autem recusabat cauere contra formam edicti perpetui, nec poterat iuuari ex uoluntate patris: quia illam non obseruabat, frustra ex eo quod quis impugnat, commodum sentire debet, l. ex eo, de reg. iur. in sexto.

Non obstat, quòd cautio diuortij remitti soleat, d. l. Reprehendenda: quia hæc sunt dissimilia. Nam, quando filia non obtemperat conditioni diuortij, con-

sequitur legatum, licet faciat contra patris volunta- A
tem: quia legem non offendit: Sed, quando non obser-
uat conditionem diuortij, & simul recusat præstare
cautionem; tunc offendit legem. Ergo mandat præstari cautionem, sicut bene declarat Couar. lib. 9. obs. cap. 6. sed de his hactenus.

CAPVT VI.

Vtrum in mandatis habeat locum argumentum à contrario sensu?

SEntio etiam in mandatis validum esse argumentum à cõtrario sensu, sicuti docet communis DD. Schola in d. l. 1. de off. eius, qui adferunt textum in l. cum qui, §. filius, de acq. hæred. Ego addo rationem eandem: quia argumentum à contrario sensu dici- B tur ex mente legis prouenire, vt probatum est in præcedentibus capitibus. Ergo locum habet etiam in mandatis: quia etiam in mandatis mens attendi debet, l. diligenter, vers. melior, ff. mand. & §. 15. qui exequitur, inst. eodem tit.

Decius contradicit, & post eum etiam Orianus, motus ex cap vlt. de verbor. signif. sed facilè responderi potest: quoniam ibi non adest materia, ex qua sumi possit argumentum à contrario sensu. Iusserat Summus Pontifex quibusdam, vt moderarentur Canonicorum & præbendarum numerum, iuxta facultates Ecclesiæ, fuit quæsitum, an per (moderationis) verbum liceret numerum augere Canonicorum, vel minuere? Respondit Summus Pontifex Canonicorum numerum relinquendum esse in antiquo statu. Quid hoc commune habet cum argumento à contrario sensu? Adde, quod supplicatum fuerat S. Pontifici ab Episcopo, & Capitulo, vt minueret Canonicorum C numerum, quapropter mandauit S. Pont. moderationem dicti numeri Canonicorum. Fuisset ergo valde alienum à mente Som. Pontificis, & supplicantium, si facta fuisset mutatio. Denique S. Pontifici ibi vult conuerti augmentum reddituum in vtilitatem Ecclesiæ. Non igitur disputandum est de eo, quod fieri potuisset vigore mandati primi: quia etsi primum mandatum hanc potestatem tacitè dedisset augendi numerum per argumentum à contrario sensu: aliter tamen fuit à Sũmo Pontifice decretum, cui parendum fuit. Scio Rim. iun. in d. l. 1. n. 423. aliter respondere, sed magis placet quod dictum est.

CAPVT VII.

De argumento à contrario sensu in statutis.

QVatuor sunt conclusiones communiter receptæ à DD. in l. 1. de off. eius circa argumentum à contrario sensu ex verbis statutorum: quas, vbi recensuero cum fundamentis earũ, mox quid alij sentiant, & quid ego, post alios breuiter exponam. Vide Decium in d. l. 1. n. 59. Rimin. iun. num. 309. Cagnol. circa fin. Pyrrhum num. 206. Bologn. Orian. & alios.

Prima conclusio. Argumentum à contrario sensu non potest sumi ex statuto, quoties inducitur correctio iuris communis.

Fundamentum est in c. indecorum, de æta. & qualit. iuncto cap. cum in cunctis, de elec. in doctrina Bal- A di in lege 1. C. de inutil. stipul. & in doctrina Bartoli in l. 3. §. cum Titio, ff. de adim. leg. Addo ego communiter notata in auth. quas actiones, C. de sacros. Eccles. vbi Doctor. dicunt non posse fieri extensionem in correctorijs etiam ex identitate & maioritate rationis.

Pungit hanc conclusionem Decius more suo dicens: in casibus istis sumi posse argumentum à contrario sensu ad limites verborum. Sed iam sæpe responsum est ad hanc Decij perpetuam obiectionem. Orianus autem in d. l. 1. numero 45. vrget contra communem hanc sententiam notata per glossam in lege Tale pactum, §. fin. de pact. vbi dicitur, id dispositum censeri in casu omisso, quod verisimiliter statuentes disposuissent, si fuissent interrogati. Secundo vrget idem Orian. quod notatur in l. omnes populi, de iust. & iure notant omnes ibi, statutum posse corrigere ius commune in sensu directo. Ergo & in sensu con- B trario.

Respondeo ad primum, nihil ad rem facere: quia argumentum probat id, quod statuentes verisimiliter disposuissent in casu omisso, habendum esse pro disposito. At nostra quæstio est, an statutum censeatur disposuisse totum contrarium in casu omisso. Ad secundum respondeo: statuentes posse corrigere ius commune: sed de potestate hic non disputamus, quæritur de voluntate; an scilicet, statuentes voluerint corrigere ius commune? & dicimus, hanc voluntatem colligi non posse, per argumentum à contrario sensu: quia, hoc modo, tacitè colligeretur, & non expresè. Non est autem par virtus taciti, & expressi, cum agitur de actu tollendo, lege expressa, de regul. iur. Iason. in l. cum quid, limitatio. 3. ff. si cer. pet.

Sed & Pyrrhus Afanus in d. l. num. 206. contra C communem opponit textum in l. si cum dicens, ff. soluto matrimo. vbi constitutum est, si pater dotem sibi reddi fuerit stipulatus, si à marito diuertisset. Igitur in casu, quo non diuertit pater, non habet actionem; sed mulier similiter, si fuerit stipulatus pater dotem sibi restitui, si moreretur filia; in alio casu non erit patris; sed filiæ actio. Et tamen corrigitur ius commune in vtroque casu; quia dos à patre profecta ad patrem redire debet, l. dos à patre, Codice solut. matrimon. & actio dotis est communis patri & filiæ, l. 2. & §. 1. soluto matrimon. Ad idem adducit textum in lege inter socerum, §. cum inter, de pact. dotal.

Addit denique id, quod sumitur ex contrario sensu, in lege contineri, l. iurisgentium § Prætor ait, iuncto §. dolo malo. ff de pactis & in l. si quis ex argentarijs, §. Prætor ait, ff. de edend. perpendendo versiculum prohibet.

D Respondeo ad Primum: ibi non agi de statuto: sed de contractu, & de stipulatione, & pacto. Constat autem in contractibus, & pactis validum esse argumentum à contrario sensu: nec attendi debet, an sit contra ius commune id, quod colligitur à contrario sensu: sed attenditur, quod actum est, & quod menti contrahentium est consentaneum, siue tacitè siue expresè, lege in conuentionibus, de verbor. signif. lege semper in obscuris, de reg. iur. Nec enim contrahentes sunt legumlatores, neque statuentes, quibus hoc munus incumbat iuris dicendi, vel æquitatis statuendæ.

Quod verò attinet ad secundum argumentum, fatemur fortissimum esse hoc argumentum à contrario sensu: & desumptum videri ex mente disponentis, veruntamen, quia vna præsumptio tollitur alia, l. Diuus, de in integr. restitut. dicimus, aduersus præsumptionem orientem à contrario sensu, pugnare

gnate pręsumptionem aliam, quod statuentes non videantur voloisse recedere à iure communi, nisi quatenus expressè declararunt, l. s. C. de noxal.

II. Conclusio est. Quoties statutum in sensu directo nihil operatur, tunc valet argumentum à contrario sensu; licet corrigatur ius commune. Fundamentum est: quia verba debent semper intelligi, vt aliquid operentur, l. r. ff. quod met. caus. l. in finem, ff. ad municip. & confert textus in Auth. debita impensa, iuncta l. Nullam, C. de episc. & cleric. Hic nulla est dissensio, præterquam in exemplo, quo DD. vtuntur: videlicet, stante statuto, quod non extantibus masculis fœminæ succedant, valet argumentum a contrario sensu; vt, scilicet, stantibus masculis fœminæ sint exclusæ; licet ex hoc iuris communis correctio inducatur: quoniam, alioquin statutum esset superfluum, & nihil operaretur. Mordet enim hoc exemplum Decius dicens: consultius esse, statutum nil operari; quam vt fœminis præiudicium inferatur, ex no. in l. ult. §. in computatione, Cod. de iure delib. & Iasoni dicenti, hic non agi de damno, sed de lucri amissione. Replicat Decius: imò agi de damno euitando, eo quòd hæreditas sit debita filijs præsertim verò legitima. At Rimin. Iun. numero 513. contendit, agi de lucro; non de damno, multa deducens generalia: non recordatus, Imperatorem in l. vltim. Cod. de codic. secundum Decij sententiam pronunciare in illis verbis: *Non enim per eademque ratio videtur, amittere debita & lucra non capere* & loquitur ibi de hæreditate liberis & agnatis debita.

III. Conclusio est. Cessare argumentum à contrario sensu in statutis, quoties statuto cautum sit, statuta recipere non debere extraneum & subauditum intellectum. Fundamentum est: quoniam argumentum à contrario sensu videtur esse quidam subauditus & tacitus intellectus, l. Apud antiquos, C. de furt. & dicitur colligi l. ex eo, de testam. dicitur etiam, legem illud non exprimere: sed argumentu esse, l. qui testamento, §. Molier, de testam. Denique dicitur, indirectè intelligi, cap. cum Apostolica, de his, quæ fiunt à Prælatis. Sileat ergo Decius cum suis pronuntiatis. Quod venit à contrario sensu, dicitur ex mente procedere. Expressum videtur illud, quod indirectè ex instrumento colligitur. Fatemur hæc omnia: sed fatetur & ipse, quod venit a contrario sensu, non esse expressum in lege verè & propriè; ac proinde tacitum & subauditum intellectum appellari.

IV. Conclusio est. Cessare argumentum à contrario sensu, quoties statuto cautum est, vt statuta ad literam intelligantur: quoniam litera est, quæ oculis legitur, l. 1. ff. de his quæ in testam. delent. Contrà Orianus dicebat numero 36. ex doct. Bart. in l. Omnes populi in quinta quæst. princ. parum operari huiusmodi statutum; sicut illud, vt statuta non recipiant interpretationem: quia videtur sublata friuola tantum interpretatio. Respondeo, nos loqui de statuto decernente, vt statuta intelligantur ad literam, prout [illegible] iacent, consequenter non versamur in ma[illegible] teria interpretationis: quia interpreta[illegible] tio, quæ sumitur a contrario sensu, non est ad literam, nec [illegible] fundata est in verbis expressis à statuto [illegible] sed supponit [illegible] diuersa [illegible] verba & contraria verbis expressis à statuto.

A

CAPVT VIII.

Vtrum argumentum à contrario sensu sumi possit ex verbis negatiuis?

TRactant etiam DD. hanc quæstionem in d. l. r. de off. eius, an valeat argumentum à contrario sensu in verbis negatiuis legum? nec est eadem omnium sententia. Etenim multi existimarũt, non valere hoc argumentum ex verbis negatiuis, sequentes doctrinam Baldi in l. 2. C. de cond. inser. Alij verò cum Alex. censuerunt etiam ex verbis negatiuis hoc argumentum rectè desumi. Vide Alex. Ias. & Dec. num. 54. in d. l. r. Cagnol. num. 123. Rim. Iun. num. 458. cum pluribus seq. Pyrrh. numero 190. cum seq. Bolog. Orian. & alios recentiores.

B Existimo ego & certus sum, valere. Quid enim interest inter verba negatiua & affirmatiua? certè ratio eadem est: quoniam hoc argumentum dicitur esse ex mente legis, vt superius sæpe dictum & repetitum est. Nihil propono video, cur cessare debeat in oratione negatiuè aliunde, quòd aliqui textus loquuntur in terminis rationis negatiuæ, l. ex eo, ff. de testibus l. qui testamento, § Mulier, de testa. l. si quis ita libertatem, §. vlt. de statu lib. c. puellæ, 20. q. iuncto, c. cum virum, de regularibus & c. cum, Apostolica, de his quæ fiunt a Pręlatis. Fundamentum contrariæ sententiæ consistit in l. Titia §. vlt. de manu. test. in l. ex facto parua de hæred. inst. in c. quod dicitur, de verb. sign.

Quod attinet ad l. Titia, §. vlt. omissis aliorum nugis, quæ potius risu excipiendæ sunt, quam aliqua confutatione; placet, quod scribit Alciat. lib. 5. parad. c. 4. qui, vt intelligatur, verba textus subijcio:
C *Lucius Titius testamento suo ita cauit Gnesiphore nisi diligenter rationem excusseris liber ne esto. quaero an Gnesiphorus ex his verbis libertatem sibi vendicare possit. Respondit. verbis quæ proponerentur, libertatem adimi potius, quam dari.* Sensus est, ex his verbis, non posse Gnesiphorum petere libertatem, ante scilicet excussas rationes. Cupiebat seruus immediatè virtute dictorum verborum alio per eum non facto, & sic ante excussas rationes libertatem sibi vindicare. Respondet Scæuola non posse: quoniam illis verbis potius adimeretur quam daretur libertas. Si quis perspectum habeat Scæuolæ Iurisconsulti morem respondendi, nil mirabitur: etsi hæc responsio nullam fere contineat dubitationem. Solitus erat Scæuola respondere secundum ea, quæ proponerentur. quamobrem consultus, an ex his verbis libertatem sibi vendicare possit? responsum hoc dedit ad formam consultationis: *his verbis libertatem potiùs adimi, quam dari.* Vide Duare-
D num in libello, qui appellatus est Scæuola, vbi multa Scæuolæ responsa explicando clarè ostendit, hanc perpetuam fuisse Iurisconsulti illius respondendi consuetudinem.

Quod verò attinet ad textum in l. ex facto, de hær. inst. placet responsio Rim. Iun. quæ, vt clarius percipiatur, verba textus subnecto: *Si quis vacua parte relicta ita instituerit: si mihi Seius hæres non erit (quem non instituerat) Sempronius hæres esto. An hic occupare possit vacantem portionem? & Pegasus quidem existimat ad eam partem admitti. Aristo contra putat: quia huic pars esset data, quæ nulla esset, quam sententiam & Iabolenus probat & Pomponius & Arrianus, & hoc iure vtimur.* Sensus est, Seium occupare non posse partem vacantẽ: quia nulla erat. Ideò autem nulla erat, quoniam pertinebat ad hæredem institutum iure accrescendi, l. 1. §. si quis ex fundo, ff. eo. tit. quod certè cum argumento a contrario sensu nil commune habet.

Quod vero attinet ad tex. in c. quod dicitur, clara eſt reſponſio D. Hieronymi, ſcripturam oſtendiſſe, quòd factum non fuit, hoc eſt, nunquam conueniſſe. Itaque, argumentum à contrario ſenſu non ſumitur ex verbis, narrantibus aliquid factum eſſe, vel non factum.

CAPVT IX.

An valeat argumentum à contrario ſenſu in vltimis voluntatibus?

Communis eſt DD. ſententia in l. 1. de off. eius, valere argumentum à contrario ſenſu in vltimis voluntatibus. Vide Alex. & Iaſ. ibi & poſt eos Rim. iun. nu. 364. Cag. num. 121. Pyrrh. nu. 147. D. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 17. numero 1. cum ſeq.

Pro qua adducitur textus in l. ſi legatum, de adim. lega. ibi: *Nam legatum cum ſub conditione adimitur: perinde eſt, ac ſi ſub contraria conditione datum fuiſſet.* Idem habetur in l. legata inutiliter, eod. Titul. & in l. Aliquando, de condit. & demon. & in l. quod pure, ff. quando dies legati cedat, & in l. ſi quis ita libertatem, §. ſi. de ſtatu lib. & in l. quibus, §. quidam Titio, de condit. & demonſtra. in l. Pater, §. quindecim, de leg. 3.

Reſpondent Alex. & Caſtr. in l. ſi mihi & tibi, §. in legatis, de leg. primo, id non procedere virtute argumenti à contrario ſenſu; ſed virtute primi legati purè relicti: quia, ſi purè relictum adimatur ſub conditione; deficiente conditione, remanet in ſuo primo ſtatu. Sed replicat Decius nu. 47. in d. l. 1. imò legatum, quod erat purum, effici conditionale: & ideo ad hæredem non tranſmitti, & conſequenter non deberi virtute primi legati: quia primum legatum erat purum, non autem conditionale. Poſtea idem Decius dicit: iſta omnia ſequi de neceſſitate, ex ademptione conditionali & per hoc non ſequi, quod non debeatur virtute primi legati, non purificata conditione ademptionis. Ceſſante enim conditione ademptionis, legatum remanet in priori ſtatu.

At in hoc Decius reprehenditur à Rim. iun. in d. l. 1. numer. 367. quia per ademptionem conditionalem, dicitur eſſe adiecta conditio contraria primo legato. Ergo non eſt amplius idem legatum, ſed nouum arg. l. Ius ciuile, de iuſt. & iure. & l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, de verb. obl. Ergo ſequitur, iſtud contingere virtute argumenti à contrario ſenſu, vt ſcilicet legatum ademptum ſub conditione, videatur à contrario ſenſu datum ſub contraria conditione, ſicut loquitur textus in l. legata inutiliter, de adim. leg. & conſiderat Cagn. in d. l. 1. nu. 121.

Mihi videtur communis ſententia eſſe veriſſima, pendente conditione, quod ſcilicet, legatum ſub conditione, ademptum videatur datum ſub contraria conditione, vigore argumenti à contrario ſenſu: quia textus allegati hoc expreſsè dicunt: & ideo non recipiunt illam interpretationem, quod legatum debeatur vigore primi relicti. Deinde, quia ademptio ſub conditione adijcere dicitur contrariam conditionem legato: Ergo non poteſt eſſe idem legatum. Denique, quia legatum de puro efficitur conditionale, & ſic alteratur eius natura. Itaque negari non poteſt, quin ſit vel nouum legatum vel antiquum reformatum, vt dicebat D. Mantica lib. 3. de coniect. Tit. 17. nume. 3. qui videndus eſt, quomodo procedat hoc argumentum à contrario ſenſu in vltimis voluntatibus & Peregrin. de fideicom. art. 28. numero 17. & 18. ceſſante vero conditione ademptionis, tunc reuiuiſcit primum legatum: perinde ac ſi non fuiſſet ademptum, & ſic competit actio ex eo, vt probatur argumen. l. Pecuniam quam, ff. ſi cert. petat. Poſſumus ergo dicere

A nouum eſſe legatum, & antiquum, quaſi hæc ſit nouatio cumulatiua; non autem extinctiua, de qua facit mentionem Iaſ. in l. 1. nu. 14. C. de tiidi.

CAPVT X.

An argumentum à contrario ſenſu locum habeat in reſcriptis Principum?

Communis quoque ſententia Doctorum eſt, argumentum à contrario ſenſu locum habere quoque in reſcriptis Principum, Dec. in d. l. 1. numer. 51. Rim. iun. ibidem numero 413. Pyrrh. numero 167.

Fundamentum eſt in l. ſi procuratorem, §. ſi ignorantes, ff. mand. ibi: *Si hi qui pro te fideiuſſerant in maiorem quantitatem damnati quam debiti ratio exigebat ſcientes & prudentes auxilium appellationis omiſerunt,*
B *poteris mandati agentibus his æquitate iudicis tueri te: igitur ſi ignorauerunt excuſata ignorantia eſt.* Reſpondet Decius, id non procedere per argumentum à contrario ſenſu; ſed quia obligatio erat reſtricta ad ſcientes, ergo ſcientia erat probanda: ſed replicant Pyrrh. & Rim. iun. iſtud nihil eſſe: quoniam, etſi in reſcripto fiat mentio ſcientiæ & propterea ſcientia requiratur ad incurrendam obligationem: tamen Iuriſconſultus argumentatur extra reſcriptum dicens: *Si ergo ignorauerunt: excuſata eorum ignorantia eſt.* Non argumentatur ibi Iuriſconſultus ex eo, quòd verba reſcripti reſtricta ſint ad ſcientes: ſed, quia ex mente reſcripti ignorantes debeant excuſari, quia ſcilicet reſcriptum volebat ſcientes condemnari.

Confirmatur communis ſententia ſecundum Rimin. iun. poſt alios, quia reſcripta interpretantur ſecundum ius commune, c. cauſſam quæ, de reſcri. & reſcriptum propriè dicitur, quod conceditur ad ob-
C ſeruantiam iuris communis, l. falſo, C. de diuerſ. reſcript. l. Reſcripta, C. de precib. Imp. offer. Ergo, ſicut in legibus interpretandis ſumitur argumentum à contrario ſenſu: ita etiam ſumi debet in reſcriptis Principum interpretandis. Confirmari poteſt hæc doctrina duabus pulcherrimis deciſionibus. Prima eſt Cornel. conſil. 119. nume. 17. lib. 2. & conſil. 48. num. 4. lib. 3. quem ſequitur Ripa in rubr. de reſcrip. num. 18. ſi in ſupplicatione aliqua petantur contra ius, & aliqua ſecundum ius: & Princeps reſcribat, (fiat vt petitur,) intelligitur ea tantum concedere, quæ ſunt iuri conformia: non autem, quæ ſunt contra ius. Ex quo apparet, reſcriptum interpretationem recipere à iure communi. Altera eſt deciſio: quia ſi in ſupplicatione ſit petitum, cauſam committi ſummariè, &c. reſcriptum ſit ſimpliciter conceſſum: non intelligitur tamen conceſſum, vt ſummariè procedatur, Gozad. poſt Rotam
D Rom. in conſil. 83. nu. 9. Menoch. in conſil. 250. num. 14. ex quo ſimiliter apparet, ſemper interpretari ſecundum ius commune.

Hoc tamen eſt intelligendum, niſi reſcriptum alias eſſet ſuperfluum, vt eſt textus in c. paſtoralis, de appellatio. & declarat Felin. in c. 1. nume. 4. de reſcript. vbi ponitur exemplum de clauſula in reſcripto appoſita, appellatione remota: & hoc eſt regulariter verum in omnibus diſpoſitionibus, vt declarat optimè Ripa in c. 1. de reſcrip. numero 41. vbi numero 42. ponit limitationem notatu dignam, quando ſcilicet, talis interpretatio priuilegij auferret tertiò ius acquiſitum: tunc enim reduci debet ad terminos iuris communis, etiamſi nihil operaretur.

CAPVT XI.

Argumentum à contrario sensu an habeat locum in vsibus feudorum?

NEgat Iason in l. 1. de off. eius, argumentum à contrario sensu locum habere in vsibus feudorum deceptus ex doctrina Baldi in l. 2. numero 4. Codice, de suis & leg. vbi dixit, ius commune seruandum esse in feudis, nisi aliud sit expressè decisum in consuetudinibus feudorum: nam, licet argumentum à contrario sensu sit fortissimum, l. 1. ff. de off. eius; non tamen dici potest id expressum esse, quod argumento à contrario sensu colligitur: sed potius videtur esse quædam coniectura, l. apud antiquos, C. de fati. Deceptus est, vt dixi, Iason ex verbo expressè, quo vsus fuit Bald. quia ad hoc adducit textum in c. 1. de feud. cognit. vbi dicitur: seruandum esse ius commune Romanorum, quoties casus iure feudali comprehensus non est. nec vtitur textus illo verbo (expressè.) Arbitror ego, satis dici comprehensum in lege, quod ex argumento à contrario sensu colligitur, l. ex eo, ff. de testib. l. qui testamento, §. Mulier, & ibi glossa in ver. argumento, ff. de testam. l. si quis ex argentarijs, §. Argentario, l. Iurisgentium, §. Prætor ait, iuncto §. Dolo malo, ff de pactis. ergo locus erit argumento à contrario sensu, etiam in iuribus feudalibus. Adde, quòd in iuribus feudalibus valet argumentum à Simili, vt notat glossa in verbo comprehensus, in d. cap. 1. de feud. cognit. & ibi notat Isern. necnon Bald. num. 6. & Afflict. num. 50. Ergo multò magis valebit argumentum à contrario sensu. Atque ita rectè docuit Ouianus in d. l. 1. num. 106. & post eum Pyrrh. Alfanus num. 176. quibus & ego consentio.

CAPVT XII.

An Vlpianus in l. Imperium, voluerit merum Imperium, an potius exemplum afferre?

PRima quæstio sese offert in interpretatione legis Imperium, de iurisd. omn. iud. an Vlpianus definire voluerit quid sit Merū Imperium vel potius exemplum adferre, cùm dicit: *Merum Imperium est, habere gladij potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines*. Et duplex veterum ac recentiorum est sententia. Vna & communior est exemplum adferri, non autem definitionem, ita Bart. Alexand. Iason & cæteri communiter, de qua communi fidem facit Bologn. num. 21. Cag. num. 10.

Quorum fundamentum est Primum secundū Bart. quia damnare in metallum, est meri Imperij, l. si quid erit, de officio Proconſ. l. Illicitas, §. qui vniuersas, de officio Præsidis, & tamen gladio non exercentur huiusmodi pœnę. Et sic definitio non esset bona; quia non conuerteretur cum suo definito.

Respondet Angelus, verbum gladij positum fuisse ad significandum omnem gladium tam materialem quàm ciuilem, per quem delicta puniuntur, sicuti alibi accipitur, cap. nouit, de iudicijs, cap. per venerabilem, Qui filij sint legitimi.

Rimin. Iun. num. 8. impugnat hanc expositionem: & contendit, verbum gladij accipiendum esse pro gladio materiali, ex leg. aut damnum, §. primo, ff. de pœnis, quem textum etiam adducit Decius, sub numero 13.

Verùm, responderi potest in eo textu gladium accipi pro gladio materiali, quo vita adimitur: non autem pro alio genere mortis: quia materia subiecta ita postulabat, cùm Iudex in sententia vsus esset verbo gladij. A

Nec obstat replicatio eiusdem Rimin. Iun. num. 12 & 13. dicentis: nihil impedire, quominus sententia posset accipi pro pœna gladij minima citra mortem: sicuti, cùm quis per sententiam condemnatur pœna capitali, indubio intelligitur de pœna exilij, quæ est minima pœna capitalis, vt notat gloss. in Rubrica cap. ne Christianum mancip. Nam hæc replicatio nihil valet, quandoquidem tex. in d. l. Aut damnum, loquitur expressè de pœna gladij, per quam vita adimitur. Et sic verificari non potest in alia pœna, quam gladij materialis.

Adducit idem Rimin. Iun. etiam tex. in leg. solet, de officio Proconſ. & in leg. Illicitas, §. per vniuersas, de officio Præsid. ad probandum, gladium accipi strictè pro materiali gladio.

B Responderi potest, secundum subiectam materiam accipi debere in dictis legibus: nec propterea inferri posse, quin generaliter possit accipi pro quacunque pœna. Nec obstat, quòd verba potiùs naturaliter, quam ciuiliter accipienda sint, leg. vltima, Codice de his qui ven. ætatis impetr. qua ratione subiectæ materiæ verba aliquando ciuiliter sunt potiùs accipienda, quam naturaliter, vt notat Iason in l. ex ea parte, §. secundo, de verb. oblig. Ex quibus apparet hoc primum fundamentum non subsistere.

Secundum fundamentum ad Alex. num. 4. quia legē condere est meri Imperij, vt tradit Bartolus in eadem leg. Imperium, & communiter DD. ubi Bart. dicit, legē condere esse in primo gradu meri Imperij: & tamen constat, legem non consistere solum in puniendis delictis, & sic in utenda hac gladij potestate l. legis virtus, ff. de legibus.

Respondent Alciatus numero 77. negando potestatem legis condendæ esse meri Imperij: est enim de reseruatis Principi, leg. prima de Constitut. Princ. & competit certis quibusdam magistratibus ob summam eorum authoritatem, l. Non ambigitur, ff. de legibus, l. formam, Codice de off. Præf. Prætor. non autem competit omnibus Magistratibus. Non obstat, si dicatur: merum Imperium est iurisdictio, quæ expeditur officio Iudicis nobili, ad utilitatem publicam, secundum Bart. definitionem: quia (inquit Alciatus) potestatem legis condendæ non esse iurisdictionem: quoniam non conuenit ei definitio iurisdictionis, tradita per Bart. in leg. prima de iurisdict. om. iud. ubi Bart. dicit: *Iurisdictio est potestas, &c. cum necessitate iurisdicendi & æquitatis statuendæ*. Hæc definitio non conuenit potestati legem condendi: quia Princeps potest, si vult, legem condere: sed non cogitur. Similiter & Magistratus non coguntur leges condere: sed possunt uti legibus iam constitutis. Similiter nec Princeps nec Magistratus coguntur æquitatē sequi in ipsis legibus condendis: sed possunt rigorem eorum amplecti, l. Prospexit, ff. qui & à quibus. Et sic ex his apparet secundum fundamentum aufferri etiam posse.

Cætera, quæ adferuntur à Iasone & à Cagnolo leuia sunt: veluti, cum dicitur, definitionem hic allatam non fuisse: quia definitio debet constare ex genere & differentia: hic autem nullum est genus. Malè, quia verbum potestas stat loco generis, leg. Potestas, de verb. sign.

Contrariam igitur sententiam, nempe definitionem hanc esse, amplexus est Angelus & Alciatus in eadem leg. Imperium, & lib. 2. paradox. cap. 7. Longouall. & multi alij ex recentioribus, quorum fundamentum est: quia lex utitur verbis conuenientibus definitioni, scilicet. *Merum Imperium est, &c.* Et hanc sententiam veriorem esse puto & secutus sum.

lib. 9.

lib.9.controuers.cap.94. Nam hæc definitio constat ex genere & differentia. Verbum potestas est loco generis, reliqua verba sunt loco differentiæ.

Difficultas stat in duobus. Primò, an verbum gladij, ponatur pro omni pœna: & dicendum est, poni & accipi debere pro quacunque pœna, quasi gladius mortis pœnam significans, tanquam maior omnibus alijs pœnis, cæteras omnes ad se trahat & includat. Nam, qui potestatem habet vltimum supplicium inferendi; multò magis inferre poterit alias pœnas, l. Non debet cui, de reg. iu. Altera difficultas est; quia legem condere est meri Imperij, secundum communem sententiam. Et hæc sententia communis non potest in dubium reuocari in hac quæstione: sed supponi debet.

Dico igitur, supposita hac communi sententia pro vera, rectè tamen posse defendi hanc definitionem, cõsideratio præcipuo fine, propter quem leges sunt conditæ; qui fuit, vt delicta puniantur, can. Factæ, quarta distinct. quasi præcipuus hic finis inspici debeat, & ab eo denominatio desumenda sit: atq; adeò dicendum videatur merum Imperium, si quod in lege condenda spectari possit, illud potissimum esse, quod in gladij animaduersione positum est.

CAPVT XIII.

Quomodo accipiantur illa verba in l. Imperium, Mixtum Imperium est etiam cui iurisdictio inest?

Altera quæstio proponitur in eadem l. Imperium, quomodo sint accipienda verba illa: *Mixtum Imperium est, cui etiam iurisdictio inest.* Duæ sunt præcipuæ DD. sententiæ atque interpretationes.

Prima Bartoli, Alexandri, Iasonis, iurisdictionem inesse mixto Imperio, sicuti genus inest suis speciebus, l. si quid eorum, §. inter emptum, & ibi glos. de leg. 3. veluti, si dixero: homo est, rectè infertur, ergo animal est. Et sic animal tanquam genus, inest homini tanquam speciei, comprehensum sub suo genere. Itaque secundum hanc interpretationem rectè quis dixerit: mixtum Imperium est. Ergo iurisdictio est.

Hanc expositionem Decius impugnat duabus rationibus. Prima: quia hoc modo merum Imperium posset dici mixtum: quoniam etiã mero Imperio inest iurisdictio tanquam genus: quia iurisdictio prędicatur etiam de mero Imperio. Nam merum Imperium est iurisdictio secundum definitionem Bart. num. 6. Altera ratio est: quoniam si iurisdictio inesset tanquam genus, ab illa tanquam à digniore deberet fieri denominatio: & sic deberet dici mixta iurisdictio; non autem mixtum Imperium, argumento tex. in l. semper in generalibus, de reg. iur.

Replicat Rim. iun. ad primam rationem num. 112. Mero Imperio inesse iurisdictionem tanquam pedissequam & seruam: at mixto Imperio inesse æquè principaliter: veluti, si quis putat furem puniri, hæc est caussa meri Imperij: in qua iurisdictio incidenter inesse poterit: veluti, si petatur simul rem restitui, furto subtractam, l. interdum, §. qui furem, & ibi Bart. ff. de furtis. Certè ista replicatio satisfacere non potest: quia genus æquè prædicatur de vna specie, sicuti de alia. Ideò, si iurisdictio tanquam genus, mero Imperio, & mixto inesset, æquè principaliter, inesset tam mero, quam mixto? Et illud exemplum de fure nihil facit: quia in illo casu constat rem accessoriè atque incidenter peti.

Ad secundam rationem colligi potest responsio ex Cagnolo sub num. 17. quòd, licet iurisdictio inesset A tanquam genus mixto Imperio; non tamen ab ea sumi posset denominatio; vt scilicet, deberet dici iurisdictio mixta. Quia, licet genus concurrat de necessitate ad positionem speciei; non tamen inducit aliquam mixturam: veluti, animal est genus hominis, non facit, vt homo dicatur mixtus vel animal ipsum mixtum sit. Replicari potest, hæc non tollere vim rationis Decij: quia Decius supponit mixturam induci ex iurisdictione, & Imperio, prout supponit Vlpianus. Et ideo infert, denominationem fieri debere à digniori. Ex quibus patet primam hanc opinionem consistere non posse.

Altera igitur fuit opinio Decij, Angeli, Fulgosij, Baldi, & aliorum magis communiter recepta teste Cagnolo num. 10. quos sequitur etiam Bologn. num. 19. iurisdictionem inesse tanquam speciem: non autem tanquam genus. Et sic ex iurisdictione, & Imperio constitui mixtum Imperium, quemadmodum ex mel- B le, & vino fit mulsum, §. cum ex aliena, instit. de rer. diuis.

Et ideò non obstat, quod dicebat Alex. vnam speciem non inesse alteri: quia, verbi gratia, homini non inest species leonis, nec è conuerso: quia respondent DD. isti, pręcipue Bologn. vnam speciem non inesse alteri prædicamentaliter; sed integraliter ad constituendum vnum mixtum; veluti dictum est, de vino, & melle, §. quædam inst. de action. l. 2. & ibi DD. de verb. oblig. Quanquam & ad argumentum illud, vnam speciem alteri non inesse, aliter eoam respondeat Cagnolus num. 12. dicens: qualitatem vnius speciei alteri inesse posse: veluti, in homine inest qualitas bruti, quatenus sentit. Prima expositio longè melior est; quoniam (vt dicebat Rim. iun. nu. 120.) Vlpianus non dixit, qualitatem iurisdictionis inesse mixto Imperio; sed iurisdictionem ipsam inesse.

Contra hanc interpretationem obijcit Rim. iun. C num. 17. quòd consistere non possit alia ratione: nam (inquit ipse) iurisdictionem concernere priuatam vtilitatem atque exerceri inter priuatos actionibus propositis: quia actiones pertinent ad iurisdictionem, vt inquit Alciat. in l. pecuniæ, de verb. sign. & ante Alciatum Bart. hic num. 24. At mixtum Imperium officio nobili Iudicis exercetur, (vt declarat Bart. in definitione mixti Imperij) & consequenter nullam actionem præsupponit, l. qui per collusionem, ff. de actionibus empti.

Responderi potest: mixtum Imperiũ esse quidem iurisdictionem, quæ officio nobili Iudicis expeditur; sed non impedire exercitium actionum, quod pertinet ad iurisdictionem; quinimò iuuare ipsam iurisdictionem vsque adeò, vt sine Imperio nulla sit iurisdictio, l. vlt. ff. de off. eius, & ideo hoc Imperium transeat cum iurisdictione dicaturq; illi cohærere, l. 1. §. ult. de off. eius.

D Atque hæc sententia communior, mihi etiam verissima videtur, & sic concludo: iurisdictionem inesse mixto Imperio, tanquam speciem. Atque ita rem declaro. Imperium dicitur mixtum: quia constat ex Imperio, & iurisdictione. Iudex vel Magistratus mittit in possessionem, exercet iurisdictionem cum Imperio, in integrum restituit, similiter adest Imperium, & iurisdictio, l. ea quæ, ff. de municip. iubet cauere, l. iubere cauere, inf. eodem, exequitur sententiam, similiter dicitur exercere mixtum Imperium, Bart. in dicta lege iubere, num. 3.

Huic mixto Imperio inest iurisdictio in specie, non autem in genere, hoc probo; quia iurisdictio in genere potest esse sine mixto Imperio. Prædicatur enim de mero Imperio, de mixto, & de iurisdictione simplici, vt per Bar. & alios communiter in d. l. Imperium. At iurisdictio, quæ inest mixto Imperio, cohæret cum illo, l. 1. §. vlt. ff. eod. Ergo est iurisdictio in specie.

Hæc

Haec est autem differentia inter iurisdictionem, quę inest mero Imperio; & eam, quæ inest mixto Imperio: quia iurisdictio quæ inest mero Imperio, exercetur ad publicam vtilitatem principaliter; quæ vero inest mixto Imperio, ad priuatam vtilitatem.

CAPVT XIV.

Quomodo accipienda sint illa verba in l. Imperium, iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia?

IN tribus consistit difficultas circa huiusce loci interpretationem, dum Vlpianus ait: *Iurisdictio est iudicis dandi licentia*. Primum, an ista sit definitio iurisdictionis. Secundum, quomodo possit dici, iurisdictionem esse licentiam dandi iudicem, cùm dare iudicem, videatur esse mixti Imperij? quia iudicis officio nobili expeditur, quod est proprium mixti Imperij, secundum Bartoli definitionem de mixto Imperio. Tertium, quidnam ista dictio etiam implicare videatur?

Quantum attinet ad primum, existimant Angelus, hic istadi definitionem iurisdictionis supplendo multa alia verba: sed breuiter eius opinio ab omnibus explosa est, vt per Cagnolum num. 23. quia iurisdictio non est solùm licentia dandi iudicem sed multa alia complectitur, iuncta definitione glossæ, & aliorum in l. 1. sup. eod. tit. Et sic concluditur, hoc esse vnum exemplũ, siue vnum accidens iurisdictionis, vt sit licentia dandi iudicem, vt post gl. & Bar. omnes communiter concludunt.

Maior difficultas est in altero, quomodo sit simplicis iurisdictionis facultas, seu licentia iudicem dandi; cùm simplex iurisdictio, vt per Bart. inf. nu. 23. iudicis officio mercenario expediatur: & Iudex detur ex officio iudicis nobili, quod non inseruit actioni propositæ? Nulla enim actio prodita reperitur ad petendum iudicem dari; sed hoc ex officio iudicis nobili, ac Magistratus solet expediri.

Respondet Alexand. in 1. colum. licentiam dandi iudicem esse simplicis iurisdictionis: & ideo omnibus Magistratibus etiam infimis concessam esse. At hoc nõ tollit difficultatem, vt inquit Iaf. inf. num. 5. ideò dicit ipse: licentiam iudicis dandi esse simplicis iurisdictionis, quoniam fit post litem motam, vel ad tempus dum iudicem suspectum; vel propter aliquod impedimentum: quia tunc videtur inseruire actioni iam propositę in iudicio.

Non placet ista expositio: quia restringit facultatem dandi iudicem ad vnum casum tantum qui etiam raro accidit, cum sæpius contingat dari iudices ante litem motam.

Alij igitur dicebant, veluti Claud. Aquen. & sequaces: licentiam iudicem dandi esse simplicis iurisdictionis; sed exercitium illius, quatenus actu iudex datur, pertinere ad mixtum Imperium. Non placet Cagn. qui latè refellit hanc sententiam, cum nulla sit ratio diuersitatis inter licentiam istam in potentia, & in actu ipso, vt per eum n. 28. & seq.

Quartò loco dicebat Rim. iun. & alij: sensum legis hunc esse; quòd natura caussarum, quæ sunt simplicis iurisdictionis, hæc sit; vt delegari possint: & hoc velle Vlpianum in illis verbis: *Iurisdictio est iudicis dandi licentia*. Nihil est secundum Cagnol. & secundum veritatem ipsam: quia verba textus non conueniunt; & fateor elata sunt, quod iurisdictio sit licentia dandi iudicem: non autem, quod caussæ iurisdictionis simplicis delegari possint.

Quintò dicebat Alciat. lib. 2. parad. cap. 8. hic definiri merum, & mixtum Imperium, & sensus est: mixtum Imperium consistere in danda bonorum possessione, & in iudicis dandi licentia. Hunc intellectum, tanquam repugnantem verbis textus, ego reieci libro 9. cap. 96. Animaduerti etiam Antonium Goueanum in commentarijs huius loci sic legere hunc textum, quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictio est iurisdictio: est etiam iudicis dandi licentia. Quod non est textum explicare: sed nouum potiùs componere.

Ego igitur puto, cessare omnem difficultatem; si dicamus: textum non loqui de simplici iurisdictione, prout est separata ab omni Imperio; sed de iurisdictione, quæ inest mixto Imperio, prout indicant verba superiora textus, dum ait. *Mixtum Imperium est, cui etiam iurisdictio inest*. Nam postea subdit: *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*, debet intelligi de iurisdictione vnita cum mixto Imperio. Ex quo appatet, delegandi facultatem non competere omnibus Magistratibus infimis: sed his tantùm, qui habent Imperium, lege cùm prætor, ff. de iud. & aliàs dixi.

Circa tertium. Prima opinio est Alexand. illam dictionem etiam implicare personas Magistratuum, quasi dicat Iurisconsultus licentiam delegandi competere omnibus Magistratibus, qui iurisdictionem habent.

Decius reprehendit Alexandrum: quia textus non habet respectum ad personas: sed ad ipsam iurisdictionem; ideò dicit ipse, implicate cognitionem caussarum, vt sensus sit: qui iurisdictionem habet, non potest solùm ipse cognoscere; sed etiam iudicem dare. Respondetur à Rimin. iun. Decio: quia maius dubium esse videatur, an habens iurisdictionem possit cognoscere, quàm an possit alteri delegare: quia cognoscere est maioris præiudicij, quàm iudicem dare. Ideò dicit ipse, hanc dictionem etiam implicare Imperium, vt sc. sensus sit eum, qui habet iurisdictionem, non solum posse ea, quæ sunt mixti Imperij: sed etiam iudicem dare.

Ego puto, Decium rectè fuisse locutum: quia poterat dubitari, an habens iurisdictionem deberet per se cognoscere, vel etiam alteri delegare: & in summa, puto intellectum huius rei colligi posse ex l. 1. sup. eodem titulo, & etiam ex verbis præcedentibus, vt sensus sit, (quemadmodum etiam dicebat Iurisconsultus) qui iurisdictionem habet, non solùm potest ea, quæ sunt mixti Imperij; sed etiam iudicem dare, vt in l. 1. supra eod. titul.

CAPVT XV.

Quomodo mixtum denominetur à digniori?

OMisso primo notabili Decij circa gladij animaduersionem (de qua satis multa dixi in præcedentibus) venio ad secundum; & notat Decius in secundo notabili, mixtum Imperium dici, & non mixtam iurisdictionem; quia mixtum denominatur à digniori. Quæ conclusio communiter est ab omnibus recepta. Et pro ea in primis ponderatur textus noster, (vt dixi.) Cùm enim Imperium sit nobilius iurisdictione, hinc factum est, vt mixtum Imperium fuerit appellatum; non autem mixta iurisdictio.

Respondet Decius, hoc notabile verum esse; sed non rectè probari ex hoc textu nostro; quia, si denominatio fieri debet à digniori, deberet appellari merum Imperium, non autem mixtum. Nam mixtum Imperium constat ex iurisdictione, & mero Imperio; debere ergo dici merum Imperium, sumpta denominatione à mero Imperio, tanquam à digniore.

Re-

Replicat Cagnolus, cui reſpondet Rim. iun. qui multa diſputauit hac de re, minimè, (vt ego exiſtimo) relatu digna. Magis placet, quod Bolognetus vno verbo dixit, Decium æquiuocare: quia non fuit poſſibile, merum Imperium appellari id, quod mixtum eſt, vt per eum num. 29. Quia merum Imperium non participat de iuriſdictione in ſpecie: & ideò impoſſibile eſt, vt appelletur merum id, quod mixtum eſt. Addo ego pro confirmatione, caſum mixtum nunquam contineri ſub ſimplici. Vide Cæſarem Contardum ad l. vnicam, C. ſi de momentanea poſſeſſione, in verb. ratione mixtũ num. 34. cum pluribus ſeqq. & per Iaſ. in l. 2. de verb. oblig. Cùm ergo merum Imperium ſit quoddam ſimplex; ſequitur, vt non poſſit dici mixtum: & è conuerſo mixtum non poſſit dici merum. Alioquin id, quod mixtum eſt, veniret ſub appellatione ſimplicis: quod eſt abſurdum.

Secundò hæc concluſio probatur in l. quæritur, de ſtatu. homin. Tertiò ex §. ſi ex aliena, inſt. de rerum diuiſione. Quartò ex c. quid in dubijs, de Conſecratione Eccleſiæ uel altaris. Quintò ex l. cum in diuerſis, ff. de religioſis, & ſumpt. Sextò ex deciſ. Baldi in l. 1. ff. de ſenatoribus, quam ſequitur Valaſcus hic numero 8. Vbi dicit, ſi frater, & ſoror habeant ius patronatus, & diſcordent in præſentatione, præferatur ille, qui à fratre præſentatus eſt. Septimò probatur ſecundum Rim. iun. hic num. 83 ex doctrina Socin. in l. cum ſenatus, de rebus dub. ad finem, & aliorum, quos ipſe refert, ſi Clericus, & laicus ſimul delinquant, cauſſa cognoſcenda erit à Iudice Eccleſiaſtico tanquam à digniore. Sequitur Menoch. de arbitr. caſu 371. numero 13. Quia magis dignum trahit ad ſe minus dignum, d. c. quod in dubijs, c. ſacris, de ſepulturis, l. quę religioſis, de rei uindicatione, &c. notat gloſſa in d. cap. contingit. in uerbo ſpiritualibus, eodem titul. Hic animaduertendum eſt: quia contrarium in hoc puncto docuerunt Couarru. pract. quæſt. capit. 34. Oſaſc. deciſ. pedemont. 103. num 10. & multi alij, quos ego retuli & ſecutus ſum lib. 9. Controuerſ. cap. 21. Quibus addo nunc pro confirmatione; quod iuriſdictio ſecularis, & Eccleſiaſtica ſunt diſtincta ab inuicem adeò, ut circa illas non ſit ſpectandum, quod una ſit maior, uel dignior altera: & hinc eſt, quod ſi fuerit commiſſum delictum, quod ſit communis fori, & delinquens fuerit abſolutus, vel punitus ab Eccleſiaſtico Iudice; nihilominus puniri poterit à iudice ſæculari, vt docet Iulius Clarus §. fin. quæſt. 57. uer. ſed hic quæro, & uerſ. ſed hic occurrit.

CAPVT XVI.

An mixtum denominetur à digniori, vbi ſequeretur correctio iuris communis?

Concluſio uera, & communis, quòd mixtum denominari debeat à nobiliori, non habet locum, quando reſultaret correctio iuris communis. Quoniam in mixtis ſemper ualet illa qualitas, per quam ius commune non corrigitur. Ita Decius hoc in loco adducens Abb. in cap. ſuper quem, §. ſi uero, in ult. not. de off. deleg. Anch. conſ. 37. tex. in l. 2. §. ult. ff. ad l. Aquil. & Bald. in l. ſi quis decurio, C. ad l. Corn. de falſ. quibus addi poteſt generalis regula, quæ habetur in auth. quas actiones, C. de SS. Eccleſijs, quod ſemper euitanda ſit iuris correctio, ut latè ibi per Iaſon. in pulchro caſu D. Ceph. conſ. 323.

Notat inſuper Decius ex verbis textus; quòd iuriſdictio eſt iudicis dandi licentia, per delegationem cenſeri perpetuatam iuriſdictionem, ita ut non expiret per mortem delegantis. Exempli gratia; Prin- A ceps delegauit Sempronio cauſſam: Sempronius ſubdelegauit alteri; moritur Princeps delegans, antequam ſubdelegatus procedat in cauſſa, quæritur, an iuriſdictio expirauerit iſtius ſubdelegati? Videbatur expiraſſe: quia morte delegantis expirat iuriſdictio delegata, quando res eſt integra, l. & quia, infra titul. noſtro. Hic autem res videtur eſſe integra: quoniam ſubdelegatus nondum incepit procedere in cauſſa. Si procedere incepiſſet in cauſſa citando partem, vel per citationem factam res non diceretur ampliùs integra, cap. gratum, & c. relatum, de off deleg. Nihilominus Decius concludit, iuriſdictionem cenſeri perpetuam per ſubdelegationem factam: quaſi actus iſte ſubdelegandi contineat in ſe exercitium iuriſdictionis, cùm iuriſdictio conſiſtat etiam cum licentia dandi iudicem. Et hæc eſt communis opinio, vt inquit hic Bologn. num. 341 quoniam ſic expreſſè docet gl. Ioan. And. Butr. & Hoſt. in cap. ſi à delegato de off. B deleg. in 6.

Capio gloſſam in verbo poteſtatem, & quæro vnà cũ Decio, an appellatione pœnæ capitalis in dubio veniat pœna mortis, vel exilij? Reſpondet Decius, communẽ ſententiam hanc eſſe, vt intelligatur de pœna exilij, nõ autem mortis. Sequitur Cagn. dicens com. hic num. 57. & Rim. iun. num. 156.

Pro hac communi primò adduco gloſſam in l. vnic. C. ne Chriſtian. mancip. vbi pœna capitalis, de qua fit mentio in illo textu, intelligatur de exilio, ſecundum gloſſam, aduerſus Iudæos circuncidentes mancipium Chriſtianum. Reſpondet Dec. ideo ita intelligi de pęna exilij: quoniam pęna exilij conſtituta fuit expreſsè huic crimini, in l. Iudæi l. 2. C. de iud.

Nec obſtat ponderatio Rim. iun. quòd text. in l. vnic. C. ne Chriſtian. mancip. per ſe ipſum probet, pœnam capitalem ibi commemoratam, intelligendam eſſe pro exilio, quatenus textus dicit: Iudæum pœna capi- C tali afficiendum eſſe, &c. pœna amiſſionis ſerui: nam, ſi pœna mortis intelligeretur; non erat conueniens, exprimere aliam pœnam amiſſionis ſerui. Non obſtat (inquam) hæc conſideratio: quinimò retorqueri poteſt, & facit pro Decio. Sic enim inferri poteſt, illum tex. nihil probare: quoniam, ratione alterius pœnæ impoſitæ, intelligi non debet de pœna mortis; non autem ex eo, quod pœna capitalis, de morte accipienda non ſit. Secundo pro hac communi adduco textum in l. ſi præſes, ff. de pœn. vbi in pœnis interpretatio eſt facienda, vt mitior pœna intelligatur impoſita. Reſpon. Decius non excludi interpretationem, quę fit ſecundum proprietatem verborum, l. cum lege, ff. de teſtam. Verba autem propriè debent intelligi, & naturaliter, non autem ciuiliter, l. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.

Replicat Rimin. iun. num. 172. iſtud procedere ſecundum terminos d. l. cum lege: quando ſcilicet, verba D continent plura ſimul, prout eſt verbum inteſtabiles. Significat enim eum, qui teſtari non poteſt: meritò, ſi lege quis iubetur inteſtabilis eſſe, vtroq; modo accipitur Secùs, quando verba non continent plura ſimul: ſed vnum tantùm, quod poteſt eſſe maius vel minus: & tunc in pęnis eligendum eſt, quod minus eſt. Et ita in propoſito capitalis pœna debet accipi pro exilio, cum ſignificare poſſit maiorem vel minorem pęnam. Nec obſtat, quod dicitur verba eſſe intelligenda naturaliter, non autem ciuiliter: quia hoc eſt verum in rebus naturalibus: non autem accidentalibus. Et ita loquitur tex. in d. l. vltim. Codice de his qui ven. ætat. impetr. & ad hoc adducit declarationem Bald. in dicta lege vltima.

Tertio igitur loco pro hac communi Rimin. iun. adducit text. in l. præſenti, C. de his, qui ad Eccleſ. confug. in illis verbis: capitali & vltimi ſupplicij animaduer-

maduersione. Nam, si capitalis pęna intelligeretur de pœna mortis, non erat opus adiungere illa verba, vltimi supplicij: sed satis erat dicere, pœnam esse capitalē. Sed respondetur, posse illa verba adiecta fuisse pro maiori declaratione.

Quartò idem Rimin. iun. adducit tex. in l. cum patronom, ff. de iure patr. vbi dicitur; pœnam capitalem esse mortis, vel exilij. Responderi potest: ex hoc inferri non posse, quod pœna capitalis sit intelligenda pœna exilij potiùs, quam alia pœna.

Quintò adducit idem Rimin. iun. tex. in l. hos accusare, §. omnibus, ff. de accus. vbi fit mentio de pœna capitis, quæ in personas ciuiles non est constituendæ: & intelligitur de pęna exilij. Responderi potest, quòd textus ille loquatur limitatiuè de tali pœna capitis, quæ non cadit in seruum, qualis est relegatio.

Contrariam opinionem secutus est Decius hic post Angelum, quem adducit, & Aretinus in
B cap. qualiter & quando, de accus. in §. ad corrigendum.

Primum argumentum Decij sumitur ex l. sæcularis, ff. de extraord. criminibus, vbi pœna capitis accipitur pro pœna mortis. Responder Rim. iun. num. 161. ibi non accipi pro pœna mortis: sed pro pœna capitis citra mortem, quia textus loquitur de delicto non consummato, pro quo non solet imponi pęna mortis. Non placet: quia text. satis clarè loquitur de pęna mortis, cùm dicat: Præsides solete grauiter punire illud delictum vsque ad pęnam capitis: quia & ipsa res pęnam mortis comminatur. Nec valet illatio, quòd delictum non esset consummatum; quia in multis casibus pęna mortis imponitur, licet delictum non sit consummatum, l. si quis non dicat rapere, C. de Episc. & cleric. l. quisquis, C. ad l. Iuliam Maiestatis, l. is qui cum telo, C. de Sicarijs, licet de consuetudine aliter seruetur. Respondetur igitur potest: ibi accipi pro pœna mortis propter subiectam materiam: & quia Iurisconsultus satis apertè ibi declarat.

Secundum, Decius adducit textum in l. perspiciendum, §. vlt. ff. de pœnis. Respondetur: illud verbum (animaduerti) tollere omnem difficultatem, cùm verificari possit in animaduersione citra mortis pœnam.

Tertium, adducit Decius tex. in l. lex Iulia, § vlt. ff. ad l. Iul. Repetun. Decius respondet: illud esse speciale: quia suprà I. C. loquutus fuit de pęna exilij. Quæ responsio magis placet, quam Riminaldi iunioris, num. 165. & seq. resoluentis dictionem (uel) in expositionem (id est) quia repugnat verbis Iurisconsulti uolentis pęnam mortis irrogari uel deportationis.

Quartum. Aretinus adducit tex. in l. Relegati, ff. de pęnis, ubi pęna capitis accipitur pro pęna mortis. Responderi potest, ideò accipi pro pęna mortis: quoniam in uerbis præcedentibus textus loquitur de pęna deportationis, & exilij.

Quintum adducit text. in l. vlt. ff. de rerum diuisione, ubi pęna capitis accipitur pro pęna mortis. Respondetur, illud ibi contingere propter subiectam materiam.

Postremum, adducitur text. in l. quoniam, C. ad l. Flauiam, de Plagiar. Respondetur, illud esse: quia ibi pęna capitis intelligenda est de morte, propter subiectam materiam, cum ita fuerit constitutum in l. ult. eo. titol. Et hæc sunt, quæ ab alijs allata fuere in hac quæstione.

Ego uideo, pęnam capitis propriè significare tam pęnam mortis quam exilij; vt est tex. in l. licet capitalis, de uerb. signifi. l. 2. ff. de pub. iud. l. qui cum natu maior, ff. de bonis libert. l. edicto de bon. poss. l. eos, §. super his, C. de appellat. Quòd autem in dubio pro
A pœna exilij accipiatur, nulla est lex, quæ hoc dicat sed, quoniam interpretatione pœnæ sunt potius molliendæ, quam exasperandæ, transeu in communiorem sententiam, quæ etiam consuetudine recepta est. Latissimè Farinac. tit. de delict. & pœnis, quæst. 19. l. minimè, ff. de legibus. Illud moneo, cùm pœna capitis imponitur, & confiscationis bonorum, intelligi de pœna mortis, §. oportet & ibi gl. in auth. de armis. Et rursus moneo: pœnam capitis, de qua tex. in l. vlt. ff. de rerum diuisione esse intelligendum de muris vrbis Romanæ; non de alijs ciuitatibus, vt ibi declarat Baldus, Clarus quæst. 68. vers. muros, Farinac. q. 20. num. 162.

CAPVT XVII.

An in corpus mortuum animaduerti possit?

SEquitur glossa in verbo animaduertendi. Ex qua colligitur conclusio, animaduerti in corpus animatum, & consequenter in corpus mortuum animaduerti non posse. Ita Dec. in hac gl. post eum Cagn. num. 63. Bologn. num. 37. Valasc. num. 20. Rimin. iun. num. 177.

Probatur hæc communis sententia primò secundum Decium ex lege defuncto, ff. de public. iudic. vbi defuncto delinquente extincta est pœna. Secundò probatur secundum Decium ex can. quorundam, 23. distinct. vbi delictum mortui reseruatur diuino iudicio puniendum. Tertiò probatur in cap. 1. 24. q. 2. vbi ferè idem habetur. Quartò ex notatis per Angelum, & alios DD. in l. 2. C. qui test. fac. poss. vbi reprehendunt iudices, qui cadauera mandant suspendi delinquentium: quod tamen non procedit in famosis latronibus: quia cadauera eorum manent su-
C spensa ad terrorem aliorum, & bestijs traduntur, vt notat glossa in l. a. in verbo latrones, ff arborum furtim cæsarum, & est tex. in l. Capitalium, §. Latrones, ff. de pœnis. Clar. in §. fin. q. 51. vers. sed hic incidenter quæro.

Rursus limitatur hæc conclusio, nisi corpora delinquentium tradantur medicis ad faciendam anatomiam (vt vocant, Latinè dissectionem.) Ita docet hic. Dec. quem sequitur Cagn. Rim. iun. Valasc. & alij communiter (excepto Bolognetto) & eandem sententiam, sequitur Ripa in tract. de peste, tit. de remedijs præseruatiuis, nu. 42. Clar. §. fin. quæst. 100. Menoch. de arbit. cas. 285.

Fundamentum huius communis sententiæ positum est primò in l. quod Reip. ff. de iniurijs, vbi dicitur: Magistratum non inferre iniuriam, licet aliquid faciat ad ignominiam, & dedecus alicuius familiæ, quando id facit ob publicam vtilitatem. Respon-
D det Bolog. textum loqui, quando fit in pœnam delinquentis: sed in casu proposito non videtur esse locus pœnę, cùm iam delinquens fuerit punitus, & iam mortuus.

Secundò mouetur Decius, & alij communiter, ex doctrina Bartoli in l. vlti. §. 1. de pign. act. vbi dicit Bartol. Magistratum posse vti re alicuius ad aliquam publicam vtilitatem, & cogere posse, vilem hominem, vt aliquem suspendat, & exequatur iustitiam. Respondet idem Bologn. aliud esse, vti aliena re ad publicam vtilitatem, quod est permissum: aliud verò secare cadauera defuncti: quia hoc videtur esse iniuriosum. Et ideò ipse contrariam sententiam veriorem esse putat, videlicet corpora delinquentium tradenda esse pro sepultura consanguineis ea petentibus, adducens tex. in l. vlt. ff. de cadaueribus punitorum. Responderi potest, textum in d. l. vlt. esse intelligendum secundum tex. in l. 1. ff. eod. tit. videlicet, quando

quando Princeps dat licentiam sepeliendi corpora damnatorum.

Ego puto communiorem sententiam seruandam esse; quia hæc fiunt propter publicum bonum, & ex mandatis Principum, in quorum potestate est, vt corpora damnatorum non tradantur sepulturæ, vt in dicta lege prima; & hæc sufficiant, quantum attinet ad pœnam, quæ infertur post mortem delinquentis, respectu cadaueris.

Respectu verò personæ delinquentis, conclusio supradicta est verissima, quod mortuo delinquente extincta est pœna, vt probatur præter textus allegatos in l. prima, secunda, & tertia, Cod. ex si reus vel accus. mortuus fuerit.

Ampliatur, vt procedat, etiamsi reus mortuus fuerit post sententiam contra eum latam, à qua appellauerit, vt est text. in l. vlti. Cod. si reus vel accus. mortuus fuerit.

Notandum tamen est: quòd, respectu bonorum confiscationis, procedi potest contra hæredes, & successores defuncti delinquentis in multis casibus. Primò, quando mortem sibi consciuit, l. pen. C. si reus vel accus. mor. fue. Menoch. de arbitr. casu. 284. Peregr. de iure fisci tit. de his qui mort. sibi consc. Secundò, si lis fuerit contestata cum defuncto, l. 20. ff. de accus. Tertiò, quando ex delicto defuncti ad hæredem eius aliquod peruenit, lege prima, Cod. ex delicto defuncti. Quartò, in crimine læsæ maiestatis: quia memoria defuncti damnatur, & bona confiscantur, l. vlt. ff. & C. ad l. Iuliam maiestatis.

CAPVT XVIII.

An sententia lata in caussa summaria dicatur definitiua?

OMissis igitur his, quæ Decius tractat de mutilatione membri, & abscissione (quoniam parui sunt momenti) tenenda est conclusio: quod abscissio membri sit meri Imperij iure nouissimo, §. ad hæc prohibemus, in auth. de collat. gl. in l. 2. ff. de off. eius, qui vicem ali. gerit. licet non esset cognita hæc pœna de iure digestorum, ipse disputat, ad quem & ad alios remitto me: & quando locum habeat, vide Farinac. titul. de delict. & pœn. quæst. 19. Menoch. de arbitr. q. 86. Venio ad glos. in verbo mixtum, vbi quid mixtum componitur ex duobus simplicibus. Quærit Angelus an sententia lata in caussa summaria dicatur definitiua, quia participet ex definitiua, in quantum continet condemnationem, vel absolutionem: sed quatenus non seruatur in ea ordo iuris, non potest dici definitiua. Communis est, non esse verè definitiuam, ita Dec. hic.

Fundamentum est in doctr. Bartol. in lege Titia, ff. de accus. vbi dicitur definitiua ratione ordinis, & solemnitatum: &, quia definit negotium. Respondet Rim. iun. num. 122. negando d. doctr. Bartol. verum etiam non videtur bona responsio: quia non potest negari doctrina Bart. in alia materia. Contrarium voluit Castr. hic, cum quo Cagnol. num. 86. Rim. iun. vbi sup. Bologn. numero 41. Et hæc est vera. Probatur primò ex Clemen. sæpe de verbo. sign. vbi dicitur definitiua, & tamen summariè proceditur. Secundò in lege 1. de re iudic. vbi res iudicata dicitur, quæ continet absolutionem, vel condemnationem. Tertiò ex definitione Specul. tit. de sent. probatio. & Hostien. in tit. de re iudic. est iudicialis definitio, quæ finem imponit controuersiæ per absolutionem, & condemnationem. Quartò ea simili: quia stipulatio dicitur propriè, licet non requirat solemnitates, quæ olim requirebantur, §. sed hæc solemnia, inst. de te.

A stam. & testamentum dicitur, lege quoniam, C. de testam. & actio etiam sine antiquis solemnibus, leg. 1. C. de Form. subl. Quintò: quia summa cognitio successit in locum ordinariæ; & ideò sapit naturam ordinariæ, ex doctr. Bartol. & Bald. in lege si olei, C. de locatu. Sextò: quia etiam in summarijs lis contestata intelligitur per primum actum, quo incipit agi de meritis, cap. 1. de elect. in 6. ideò currit instantia etiam in summarijs, Abb. in capit. fin. de iud. quæ tamen instantia non venit nisi post litem contestatam, lege properandum, §. & si quidem, C. de iud. Septimò ex doctr. Bart. in l. si quis à liberis, §. si vel parens, ff. de lib. agnosc. vbi dicit, sententiam latam in caussa alimentorum esse definitiuam, licet summariè procedatur in ea.

Non obstat doctrina Bartol. in dicta lege Titia, numero 8. ff. de accusat. quia non dicit Bartol. vtrumque necessarium esse, ut dicatur sententia definitiua:

B sed dicit, dici definitiuam, uel ratione solennitatum, quæ in sententia requiruntur; vel, quia sententia definit negotium: & ideò concludit ibi, sententiam absolutoriam ab obseruatione iudicij esse definitiuam.

CAPVT XIX.

Princeps concedens alicui castrum cum iurisdictione, an videatur merum Imperium concessisse?

SEquitur altera pars Glossæ, in qua dicitur: Iurisdictionem continere merum Imperium. Ex quo infertur, secundum Angelum: Princeps concessit alicui iurisdictionem in aliquo Castro, an censeatur ei concessisse merum Imperium? Et dicebat Angelus uideri concessum, sequitur Decius Cagn. & Valasc. n. 31.

C dicens communem, necnon etiam Rimin. iun. nu. 240. ubi dicit uerum, ita respondit Oldrad. cons. 252. & multi alij, quos ibi referunt.

Primum argumentum sumitur ex lege Beneficium de const. Princ. ubi beneficia Principum latissimè interpretari debent. Respondet Iason. n. 11. istud non procedere, quando beneficium conceditur ad postulationem partis, per tex. in leg. si aliquando. C. de oper. publ. Item respondet, non procedere, quando est contra publicam utilitatem, ut probatur in eadem leg. secundum alium intellectum adducens Angelum dicentem in d. l. beneficium.

Istæ duæ responsiones non videntur rectè consistere; quia quantum attinet ad primam, text. in d. leg. beneficium, simpliciter & absolutè dicit: beneficium Principum latissimè interpretari. Ergo debet intelligi, siue concessum fuerit motu proprio, siue ad petitionem alterius. Non obstat tex. in d. l. si aliquando:

D quia ratio illius textus non est in eo posita, quòd concessio facta fuerit ad postulationem partis: sed ratio fuit, ne præiudicium fieret usui publico; quia beneficia Principum latissimè sunt interpretanda, non tamen in præiudicium alterius, l. 2. §. Merito, ff. ne quid in loco publico.

Quod uerò attinet ad alteram responsionem, illa quidem est uerissima, quod scilicet beneficia Principũ non debent latè interpretari contra publicam utilitatem, sed non rectè applicatur ad rem nostram. Negamus enim præiudicium fieri publicæ vtilitati ex hac concessione latissimè interpretata, ut contineat etiam merum Imperium.

Nisi dicamus (& erit tertia responsio & bona) præiudicium fieri subditis: quia transferentur in alienam potestatem, & Imperium, & ideo propter præiudicium subditorum uidetur facienda stricta interpretatio, non autem lata.

Se-

Secundum argumentum deſumitur ex eo, quod iuriſdictio continet merum Imperium ſub ſe, & omnes concludunt:& eſt communis ſententia. Ergo conceſſa iuriſdictione intelligitur conceſſum & imperium:quia ſemper in generalibus ſpecialia inſunt, l.ſemper in generalibus, de reg.iur.

Reſpondet Bolog.ſub num.42. argumentum procedere,quando genus capitur vniformiter: ſecus autem, quando genus poteſt verificari de iuriſdictione in ſpecie. Ergo debet comprehendere tantum iuriſdictionẽ in ſpecie: quia,quando verba poſſunt intelligi in genere,& in ſpecie,debent accipi potiùs in ſpecie, quam in genere, l. Hoc legatum de leg. 3. ſed replicari poteſt, textum illum loqui de legatis, quæ quidem ſtrictè accipiuntur,l.Nomis de leg.3.vnde ſecus dicendum videtur circa beneficium Principis, quod latiſſimè interpretatur.

Secundò reſpondetur notabiliter ex Caſtr. & Alciat. non eſſe verum, quod verba debeant potiùs accipi in genere,quam in ſpecie,adducunt tex.in l.ſi quis ſeruos de leg. 3. ſed ita demum ſunt accipienda in ſpecie, & non in genere, quando ſubeſt diuerſa ratio:& ita loquitur tex.in d.l.hoc legatum.Secus,vbi eadem ratio,ſicuti probatur in d.l.ſi quis ſeruos. Sed in caſu noſtro nulla ratio ſuadet,vt potiùs verbum iuriſdictio, accipiatur in ſpecie,quàm in genere.Ergo debet accipi in genere, non autem in ſpecie.

Sublata igitur hac Bolognati reſponſione,reſponderi poteſt verum eſſe, quod genus continet ſuas ſpecies: ſed iſtud non procedit, quando neceſſaria eſt ſpecialis mentio: tunc enim generalis ſermo non ſufficit ſicut videmus in caſibus in quibus requiritur mandatum ſpeciale,non ſufficere mandatum generale,c.quid agẽdum,de procur.in 6.leg.Illud,in fi.ff.de mino. caſus autem,in quibus mandatum ſpeciale requiritur, cumulat Ioſeph.Lud com.concl.concluſione 30.ſed,hic requiritur ſpecialis mentio: quia merum Imperium ſpecialiter lege,vel conſtitutione vel Senatuſ.tribuit,a.l.ſup.de officius.

Tertium argumentum deſumitur ex l. 1. §.cum autem,ſup.de off.Præfecti: ſed reſpondetur,textum illum loqui de præfecto vrbis,cui vrbis cura eſt commiſſa, meritò dicitur in talem præfectum transferri etiam merum Imperium: ſed hic non agitur de Magiſtratu tali. Ergo non rectè infertur:quæ reſponſio eſt Bolognetí.

Quartum argumentum ſumitur ex donatione Conſtantini, in qua non videtur facta mentio meri Imperij: & tamen comprehendit etiam merum Imperium, de qua tex.in c.fundamenta,de elect.in 6.& in can.Cõſtantinus 96 diſtinct.Reſpondetur,imò contineri verba,quæ concludunt imperium, & poteſtatem omnem temporalem.

Quintum argumentum ſumitur ex regula, ſi Pluribus, de leg. 1. vbi indefinita æquipollet vniuerſali.Reſponderi poteſt, vt ſup. hic requiri ſpecialem mentionem.

Sextum argumentum,& vltimum deſumitur ex doctrina Bart.in l. vlt. ff.ſol.matrim.quam ſequitur Alex. in l.Diuortio,§.ſi vir,ff.eod.vbi,ſi mulier dederit in dotem caſtrum,cum iuriſdictione venit & merum Imperium.Reſpondet Bolog. diuerſam eſſe rationem in dote:quia mulier poteſt dare omnia bona in dotem, & mulier remanet domina naturaliter,& ſimul cum marito adminiſtrat: & cenſetur voluiſſe totum dominium transferre in maritum dando ei caſtrum,cum iuriſdictione: ergo rationes non habent locum in quæſtione noſtra.

Contrariam opinionem amplexus eſt Iaſ. & Bolog. & Alc.in c.quod ſedem,de officio ord.num.38. necnon etiam Io.Long. in hac l.noſtra.

Primum arg. Iaſonis deſumitur ex doctrina Angeli

A in hac l.noſtra,num.8. vbi dicit:infeudatum de iuriſdictione non poſſe condere ſtatuta. Ergo non habet merum Imperium,quia condere ſtatuta eſt meri Imperij. Reſpondet Dec.Angelum loqui, quando aliquis infeudatus fuit de iuriſdictione tantum: quoniam illa dictio tantùm excludit merum Imperium & facit, vt ſola iuriſdictio ſimplex intelligatur eſſe conceſſa. Reſpondet Bolog.eum qui habet iuriſdictionem,poſſe condere ſtatuta ex doctrina Bart.in l.omnes populi. ff.de iuſt.& iure,in 2.q.& ſic falſam eſſe doctrinam Angeli.

Secundum argum.eiuſdem Iaſ.ſumitur ex l.ſi in aliqua,§.cum pleniſſima,ſup.de off. Proconſ. vbi merum imperium intelligitur eſſe conceſſum, quando pleniſſima Iuriſdictio eſt conceſſa: & ſimiliter etiam, quando omnimoda iuriſdictio eſt conceſſa, vt docet gloſ. in clem. 1. in verb. omnimodo de foro compet. Reſpondet Decius illa verba operari maiorem declarationem, & ſic non infertur, quod abſque illis verbis non

B veniat merum Imperium. Confirmatur: quia quæ ponuntur ad maiorem declarationem, non ſolent dici ſuperflua, vt notat Decius in lege quæ dubitationis de regul.iuris, & eſt tex.in lege teſtamentum C.de teſtam.

Tertium arg.ſumitur per Iaſ. ex doct. Bald. in cap. quanta, de iud. vbi, ſi Epiſcopus concedat alicui omnẽ iuriſdictionem, non continet merum imperium. Reſpondet Dec.in contrarium ſe habere communem opinionem,& ideò non eſſe locum doctrinæ Baldi.

Quartum argum. eſt Alciati: quia merum Imperiũ requirit ſpecialem expreſſionem, leg. 1.ſup.de off.eius. Vbi dicitur,quæcunque ſpecialiter tribuuntur, delegari non poſſe:quia certis Magiſtratibus ſolent committi, qui ſunt maiores, & quorum induſtria electa eſt inter iſta, quæ ſpecialiter tribuuntur maioribus Magiſtratibus,continet & merum Imperium: non tamen ſequitur,merum Imperium requirere ſpecialem commiſſio

C nem; quinimo contrarium probat text. in l. prima, §.cum autem, de off. Præf. vrbis & in l.ſi in aliqua, §.cum pleniſſimam, de off. Proconſ. vbi venit merum Imperium, & tamen non eſt facta ipſiùs ſpecialis mentio.

Quintum argum.eſt eiuſdem Alciati:quia verba debent potiùs accipi in genere, quàm in ſpecie ex doctrina Bat. in l.Hoc legatum,de leg.3. Sed iam ſuprà reſpõſum fuit ad hanc doctrinam,ex Caſtr.in l.ſerui electione, §.1. de leg.1. quam pro reſponſione adduxit Rim. iun.hic nu.242.

Sextum argum. eſt eiuſdem Alciati, & Curtij iun. quòd iſta conceſſio ſtrictè ſit interpretanda propter præiudicium ciuitatis,& ſubditorum,quorum intereſt, potiùs ſubiectos eſſe Regi,quàm Baroni ex traditis per Vaſquium lib.1.controu.illuſt.n.9. Et ad hoc nemo reſpondet. Ego puto, reſponderi poſſe: non attendi hoc

D præiudicium ſubditorum:quia venit in conſequẽtiam: principaliter enim conceſſum eſt in præiudiciũ Principis,& illud inſpici debet: non autem præiudicium, quod venit in conſequentiam alterius, vt not.gl.in l.de vnoquoque,de re iud.& eſt tex.in l.1.§.denonciari, de ventre inſpic. & latè declarat Tiraqu. in tract.res inter alios acta in princ. verſ.ſed hæc multis modis vbi infinita allegat & inter cætera adducit gl. in c. quamuis in gl.vlt.de Pactis in 6. quæ dicit: in præiudicium alicuius aliquid redundare, quando Principaliter redundat:non autem, ſi ſecundariò.

Septimũ argumentũ eſt Bolog. deſumptũ ex l. item apud Labeone,§.1.de iniur.vbi ea, quæ ſunt notabilia, debent ſpecialiter exprimi. Ergo merũ imperiũ, tanquã aliquid notabile,debet ſpecialiter exprimi Rñderi poteſt:id cenſeri ẽt expreſsũ quod in genere exprimitur,& ex ui uerborũ colligitur, ut notat Bart. in l.1. nu. 7.de uulg.& eſt tex. in l.Gallus, §.1. de liber. & poſthu. non.o.ſemper eſt neceſſarium, quod aliquid exprima-

tur in ſpecie;licet aliquando id fieri ſoleat, vt ibi.

Poſtremum argumentum eſt Bolog. quia conceſſio meri Imperij eſt magni præiudicij, & ideò videtur requirere mandatum ſpeciale,& ſpecialem,ac indiuiduā mentionem, leg. mandato de procur.l.contra iuris, §. ſi quis filius de pact. Reſponderi poteſt : in mandatis verum eſſe,quod quædam ſunt,quæ reſpiciunt ſpeciale mandatum,néc veniunt in generali mandato:vel quia repugnant naturæ mandati, vt puta mandatum generale ad lites non ſufficit, vt quis tranſigere poſſit; vel quia non eſt veriſimile,quod aliquis voluerit talia mādare. Quæ rationes ceſſant in conceſſione Principis, quæ cum contineat beneficium eius, videtur late interpretanda.

Hæc ſunt,quæ alij dixerunt in hoc articulo. Omitto enim quaſdam diſtinctiones parui momenti, quas Rim. iun. refert. Nunc quod ipſe ſentiam, paucis accipite.

Videbatur prima fronte concludendum eſſe contra communem. Primò quia iuriſdictio diſtinguitur ab Imperio,l.Iubere cauere in tit.noſtro. Secundò: quia conceſſa iuriſdictione veniunt ea, ſine quibus explicari non poteſt, vt inquit tex.in l.2.ſup.tit. noſtro. Poteſt autem eſſe ſine mero Imperio.

Tertiò;quia ſi veniret merum Imperium in iſta conceſſione iuriſdictionis,veniret etiam poteſtas confiſcādi,cùm ſit de Imperio, vt notat Iaſon. in hac l.noſtra num.24.ſed poteſtas confiſcandi requirit ſpecialem expreſſionem,l.1.C.ne ſine iuſſu. ergo non poteſt venire merum Imperium.

Iſtis non obſtantibus, concludo cum communi ſententia,& moueor:quia verbum iuriſdict.aut capitur in genere, aut in ſpecie. Si capitur in genere, continet merum Imperium,vt not.tex.in leg. 1. de officio eius. Et probari poteſt ex definitione iuriſdictionis in genere,de qua in leg.1.ſup.tit.noſtro.ſi verò in ſpecie capiatur,non continet merum Imperium. Dicimus ergò capiendum eſſe in genere, quia in contractibus plena, in teſtamentis plenior,in beneficijs pleniſſima fieri debet interpretatio,inquit text.in c.cum dilecti,de donat, & hanc ſibi legem nobilitas imponit, ut nihil ſe præſtitiſſe putet,niſi in beneficijs ſuis creuerit. Adde tex. in l.hac ſaluberrima, C.de prop. ag. in reb. lib. 12. & tex. in l.ſi quando C. de bonis uacant. lib. 10. Et quod tradit per illum tex. in l.beneficium num. 3. de conſt. princ. Adde etiam tex. in l.unica C. ſi imperialis, liber ſocius. C

Non obſtant in contrarium argumenta: nam ad primum reſpondetur,iuriſdictionem diſtingui ab Imperio quando in ſpecie ſumitur; ſecus ſi in genere ſumatur: hic autem debet ſumi in genere per ea quæ ſupra dicta ſunt. Ad ſecundum reſpondeo tex. in l.2. loqui de Magiſtratibus quibus iuriſdictio eſt conceſſa: non autem de eo, cui donata ſit iuriſdictio in aliquo caſtro. Ad tertium reſpondeo, loqui de officialibus, & Magiſtratibus, & de rectoribus temporalibus, qui non poſſunt imponere pœnam confiſcationis, vt declarat Pereg. de iure Fiſci lib. 1. numero 82. & num.88. D

Ex hac concluſione infertur; iſtos, quibus conceſſa eſt iuriſdictio, per modum donationis, poſſe conſequi omnes pœnas,mulctas,& confiſcationes, Peregrin.ubi ſup.nu.88.& nu.89. non tamen regalia, ut per Peregr. ibi num. 78. ex notatis in cap. quod ad tranſlationem de officio legati,& ex alijs ibi adductis per eum. Et res eſt clarior, quando dictum eſt cum omni, uel cum omnimoda iuriſdictione.

Notandum tamen eſt, quod Principes concedentes talia,ſolent in conceſſionibus adijcere clauſulas reſeruatiuas maioris dominij,quo caſu multi dicunt,confiſcationes pertinere ad Principem concedentem, quod tamen uerum non eſt,ut dixit Pereg.ubi ſup. num.33.

A Secundò notandum eſt,quod Princeps non poteſt concedere alicui ſuperioritatem,quam habet:quia dicitur eſſe ex regalibus & Coronæ Principis, Menoch.conſil. 604.num.15. Et hoc altum dominium ex ſuperioribus hanc habet vim, vt ſubditi teneantur magis obedire ſupremo Principi, quàm Baroni, vt ibi per Menoch. num.36.Et de pœna confiſcationis ſciendum eſt,pertinere ad Principem,quando ſubditi iſtius Domini inferioris in eam incurrerint propter inobedientiam edictorum Principis,ut per Menoch.d.conſ.604.& Paciciolum in conſ.ſeq.

CAPVT XX.

Quid ſit Iuriſdictio & vnde dicatur?

NVnc ſequitur, vt videamus, quid ſit iuriſdictio,& vnde dicatur,& vt breuiter me expediam circa deriuationem. Non placet opinio Bartoli & glo. quod dicatur à dictione, quæ eſt penes Principem, vt in proœmio inſtitut. Magiſtratus enim habent iuriſdictionem, licet non ſint domini ciuitatem. Et in hoc ſequor Alciat.lib. 2. diſp.c.3. in fine.

Quod verò attinet ad definitionem illam,quam ponit gloſſa & Bart. in l.1.ſup. eod. quòd ſit poteſtas de iure publico introducta cum neceſſitate iuris dicendi, & æquitatis ſtatuendæ. Quòd ſit poteſtas probatur in l.Poteſtatis verbo, de verb. ſignif. Quod ſit de iure publico introducta, probatur in l.1.§.2. de iuſt.& iur. Quod ſit cum neceſſitate iuriſdicendi probatur ex l. de quæ re, ff. de iudic. & ex l.munerum §.iudicandi, ff. de mun. Quod autem æquitas ſtatui debeat, probatur in l.Placuit C. de iud. Hic omnino ſeptem difficultates.

C Primò, quia hæc definitio videtur etiam conuenire Patri & tutori:nam pater poteſt animaduertere in filium, atque in eum ſtatuere, vt per Dec. ſupra in his, reſpondendum ad argumentum quòd Pater non habet neceſſitatem ſtatuendi, licet habeat manum regiam in filium. Sed quantum attinet ad hanc manum regiam Patris in filium,ego puto,non eſſe ad propoſitum noſtrum:quia aliud eſt ius dicere, & æquitatem ſtatuere:aliud eſt punire filium,vel aliquid ſimile de filio facere:quia iſtud non eſt ius dicere, vt patet ex l.Ius ſup.de iuſt. & iur. Alij dicunt, poteſtatem Patris erga filium non eſſe de iure publico introductam. Bar. dixit,addendum eſſe in definitione, quòd ſit poteſtas, &c. Iuſdicendi & æquitatis ſtatuendæ à perſona publica:ſed non eſt opus,quia nec tutor,nec pater dicuntur ius dicere. Occurrit autem circa patriam poteſtatem vnum obiter notatu dignum, quòd olim pr̄ non poterat filium interficere,l.in ſuis de lib.& poſth. D Hodie poteſt vendere ex cauſa neceſſitatis, l.1. C.de pat. qui fil.ſuos diſtrax. Vbi notat verbum ſanguinolentos malè expoſitum in glo.ibi:quia ſignificat filium natum ſtatim,vt in rub.C.de inf.expoſ.& de his qui ſang.nutr. accep.

Secunda difficultas eſt:quia hæc definitio non videtur comprehendere iuriſdictionem voluntariam: quia in ea non verificantur illa verba cum neceſſitate. Reſpondetur: immò verificari ex doct. Bart.in l.1.ſup. de off. Proconſ. quia dicitur eſſe voluntaria, reſpectu partis;non autem reſpectu Iudicis.

Tertia difficultas eſt de Principe qui habet iuriſdictionem, & tamen non habet neceſſitatem iuriſdicendi. Reſpondeo: Immò habere neceſſitatem, quia Princeps tenetur per ſe vel per alium iuſtitiam facere, l.Humanum,& l.digna vox C.de leg.c. rex debet, & c. regem,23.q.5.

Quarta difficultas eſt de Iudice, in cuius arbitrio

aliquid

aliquid eft commiffum: quia habet iurifdictionem, & A tamen non tenetur æquitatem fequi. Refpondeo: immò teneri fequi æquitatem, Menoch. de arbit. quæft. 14. vbi tenet & fequitur iuris rationem & æquitatem.

Quinta difficultas eft: quia feruandus videtur rigor, maximè in grauiffimis delictis, l. quifquis, C. ad l. Iul. maieft. cum fimil. Refpondetur, etiam hoc in cafu adhibendum effe æquitatis temperamentum l. Perfpicendum ff. de Pœnis, pulchrè Farinac. tract. crim. q. 17. vbi, quod Iudex debet femper potiùs fequi æquitatem, quã rigorem in delictis.

Sexta difficultas eft in l. Profpexit ff. qui & à quibus & alijs legibus, in quibus dicitur feruandum effe rigorem, & plerumq; errari fub prætextu æquitatis, l. fi feruum fequitur de verb. oblig. Refpondeo, definitionem intelligendam effe, vt feruetur æquitas in illis cafibus, in quibus feruari debet.

Poftrema difficultas eft: quia videntur reperiri B aliqui, qui habent iurifdictionem fine Imperio, l. 2. de in ius voc. l. Nec Magiftratus de iniur. Refpondeo illud verbum poteftatis refpectu iftorum, non fignificare Imperium; fed accipi pro fimplici potentia.

CAPVT XXI.

An iurifdictio fit genus comprehendens fub fe merum & mixtum Imperium tanquam fpecies?

SEcundò quærit Bart. an iurifdictio fit genus, & comprehendat fub fe merum & mixtum Imperium, tanquam fpecies? & concludit genus effe. Quæ conclufio eft communis fecundum Rim. iun. & alios.

Pro qua adducit text. in l. 1. fup. de off. eius ibi: C *Iurifdictionem fuam mandant*. Refpondet Dec. illum tex. loqui de iurifdictione in fpecie, fed malè: quia loquitur de iurifdictione in genere, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Mandata iurifdictione transferuntur*. Secundò probatur ex §. ius iur. in auth. de defenforibus ciuit. Tertiò in l. fi in aliquam, §. vlt. C. de off. Proconf. Poftea Bart. declarat, an iurifdictio contineat fub fe merum Imperium, & mixtum, & modicam coercitionem, & iurifdict. fimplicem; & fic, an fint quatuor fpecies, vel tres tantum? & concludit modicam coercitionem non conftituere fpeciem per fe; quia eft mixti Imperij, vt probatur in l. vlt. C. de off. eius.

Tertiò, quærit an iurifdictio diuidatur in Imperium & iurifdictionem? Refpondet, quod fic: fed poftea Imperium fubdiuiditur; quia aliud eft merum; aliud mixtum. Et fic Imperium merum, & mixtum funt fpecies immediatæ Imperij, & iurifdictionis, de D quo me remitto ad Doctores: quia eft res modicæ vtilitatis.

Poftea quærit Bart. quid fit Imperium, & quare dicatur mixtum, & quare merum? in quo me remitto ad eundem. Pofthæc tradit definitionem meri Imperij dicens, quòd fit iurifdictio, quæ officio iudicis nobili expeditur ad publicam vtilitatem. Contra quam tres excitantur difficultates.

Prima, quia Bart. dicit fub hac definitione meri Imperij contineri accufationes de delictis. At contrarium dixit Bar. in l. Iudex poftea, num. 2. de re iud. vbi dicit; Iudicem non poffe mutare fententiam, quando proceditur per accufationem: quia procedit tunc ex officio mercenario: non autem nobili.

Refpondet Alex. Bar. intelligendum effe ibi, quod iudicis officium fit mercenarium in accufationibus quatenus concedit iudex dilationes ad probandum, & facit proceffum. Malè: quia Bar. ibi loquitur de fententia: non aotem de proceffu. Secundò refpondet Bar. Iaf. defendi poffe; quando proceditur per viam inquifitionis, quæ refponfio nihil valet: quia aliud eft inquifitio: aliud accufatio. Tertiò refpondet Rim. iun. in accufationibus officium iudicis effe mercenarium, & etiam nobile. Mercenarium, in quantum deferuit accufationi propofitæ: nobile autem, in quantum tendit ad punicoda delicta. Et eadem ferè eft folutio Bolog.

Probatur: quia in delictis publicis non proceditur per viam actionis: fed per viam accufationis, vt inquit tex. in inftit. de Publi. Iud. in princ. Ergo proceditur officio iudicis nobili: non autem mercenario. Quia officium mercenarium Iudicis eft illud, quod deferuit actioni, vt declarat idem Bar. in l. 1. num. 12. fup. tit. noftro. Deinde probatur hæc conclufio ex doctrina Bart. bene intellecta in d. l. 1. num. 12. quatenus docet quid fit officium iudicis nobile, & quid mercenarium, dicens: officium nobile per fe ftare, fiue poftuletur in parte, fiue non: at mercenarium non confiftere per fe ipfum. Hoc ita ftante, ego infero: officium Iudicis inferuiens accufationibus propofitis effe nobile; non autem mercenarium: quia huiufmodi officium ftat per fe, etfi ad poftulationem partis Iudex aliquid faciat: tenetur enim Iudex punire delicta leg. congruit, de officio præfid. At mercenarium non confiftit per fe ipfum: quia deferuit actioni intentatæ, & fine actione confiftere non poteft. Et quòd dicatur procedi ex officio Iudicis nobili, quando proceditur per modum accufationis, communis eft fententia, de qua teftatur Valafc. hic num. 66.

Altera aduerfus Bart. definitionem Aretinus in rub. de accufat. mouetur: quia ex delictis oritur obligatio & actio, Inft. de oblig. quę ex delic. Ergo non dicuntur expediri accufationes officio Iudicis nobili: quia officium Iudicis nobile nullam præfupponit obligationẽ, l. cum poftulaffem de dam. inf. leg. qui per collufionem, §. vlt. de act. empr.

Refpondet Dec. officio Iudicis nobili expediri, quatenus imponitur pœna ad publicam vindictam, l. 9. §. quod Illicite, ff. de public. A qua refponfione non procul abeft refponfio Bologneti, quatenus dicit: officium Iudicis effe quafi nobile, quod verfatur circa accufationes: nec poffe dici mercenarium. Quia illud mercenarium dicitur, quod tantummodò inferuit actioni intentatæ: hoc autem officium Iudicis non deferuit tantummodo actioni intentatæ, vt hic per eum numero 60. Et eadem ferè eft folutio Rim. iun. hic numero 375.

Magis placet, quod fcribit Valafc. fub num. 67. videlicet offic. Iudicis aliquam præfupponere obligationẽ largè & impropriè, glo. in §. 1. inft. de actio. in ver. debetur. Et huiufmodi impropria obligatio dicitur etiam illa q̃ oritur ex delictis, vt docet Bart. in l. vlt. ff. de iniur. Meritò poteft confiftere huiufmodi officium Iudicis nobile fuper accufationibus.

Tertia difficultas contra definitionem meri Imperij mouetur per Iaf. hic num. 18. quia abfoluere innocẽtem eft meri Imperij, leg. folent, de officio Proconf. & tamen non pertinet ad vtilitatem publicam: fed potius ad priuatam illius, qui abfoluitur, vt colligitur ex doctrina Bart. in l. 1. num. 25. ff. folut. matr.

Refpondet Dec. duobus modis. Primò quòd immò abfoluere innocentem refpiciat publicam vtilitatem per tex. in l. Abfentem, ff. de pœnis & in l. feruum quo q; §. publice ff. de procur. Secundo refpondetur, quod licet abfoluere innocentem pertineat ad priuatam vtilitatem: tamen hoc in confequentiam venit. Principaliter autem debet confiderari accufatio ad finem, vt delicta puniantur. Rim. iun. replicat, quantum ad primam refponfionem, quod abfoluere innocentem

respicit priuatam vtilitatem principaliter, licet secundariò publicam respiciat. Quantum verò attinet ad alteram responsionem replicat, absolutionem esse principaliter considerandam in iudicio, sicuti consideratur condemnatio; quia sententia profertur super omnibus tam deductis per actorem, quam etiam per reum, clem. sæpe de verbor. signific. poterat allegari tex. in l. 1. ff. de re iud.

Itaque respondet huic difficultati Rim. iun. distinguendo. Aut agitur de absolutione à pœna corporali: aut à pœna pecuniaria. Absolutio à pœna corporali respicit publicam vtilitatem principaliter, l. cum ratio de bon. dam. Facit tex. & ibi gl. in l. Pactum inter hæred. de pact. & in l. tantum, ff. de app. si enim agatur de pœna pecuniaria (dicit Rim.) hoc neque inspicere vtilitatem publicam neque priuatam: quia absolutus remanet in statu, in quo prius erat.

Hæc solutio Rim. facilè impugnari potest. Nam, quantum ad primum membrum distinctionis, absolutio à pœna corporali non videtur respicere publicam vtilitatem principaliter; sed potiùs priuatam illius absoluti, & secundariò publicam; quia, quod homines conseruentur & augeantur, publicè interest quidem: sed non principaliter, secundum doct. Bart. in d. l. 1. nu. 15. sol. mair. Non obstant iura allegata, quibus probatur neminem posse renuntiare suis defensionibus, & appellationibus: quia istud procedit ob aliam caussam; quoniam nemo est dominus membrorum suorum, l. liber homo, ff. ad l. Aquil. Quod autem pertinet ad alterum membrum distinctionis eiusdem Rimin. iun. manifestè errare potest, dum dicit: absolutionem non concernere vtilitatem publicam, nec priuatam: quia absolutus remanet in eodem statu. Nam manifestè apparet, absolutionem à pœna pecuniaria inspicere vtilitatem priuatam absoluti, cùm liberatus sit à solutione pœnæ.

Quid igitur dicendum? Ego puto, Bartolum rectè locutum fuisse, & innocentis absolutionem pertinere ad publicam vtilitatem principaliter; quia hæc est publica vtilitas principaliter, vt Iustitia administretur; vt boni præmijs, & mali pœnis afficiantur, l. 1. de iust. & iur. Hic est finis præcipuus, ob quem leges sunt conditæ. adde tex. in leg. si non defendatur de pœnis & in lege seruum quoque, §. publice de procurat.

De innocentia rei, quando incidimus in hanc mentionem, quatuor sunt nobis adnotanda. Primum quod scribit Bartol. in l. absentem circa finem, de pœnis. Secundum, quod scribit Menoch. de arbitr. iudic. q. 8. nu. 58. Tertium, quod scribit Flam. Castr. de exec. sent. in præfa. num. 72. num. 17. & num. 30. & c. vlt. nu. 377. cum seqq. Quartum quod notat Dec. & Cagnol. in l. Fauorabilibus, de reg. iur. & Bart. in l. qui eadem de sicarijs.

CAPVT XXII.

An legem condere sit meri Imperij.

SEquitur omissis alijs, vt videamus gradus meri Imperij, & sequendo ordinem Bart. colligitur Primò hæc conclusio, quod legem condere sit in primo gradu meri Imperij. Hæc conclusio est communis, ut testatur Bolog. num. 68. Rim. iun. no. 400. Valasc. num. 149.

Pro hac conclusione Bart. adducit tex. in l. prima de constit. Princ. quatenus ibi dicitur; soli principi competere. Hoc enim Bart. infert esse primum gradum, & supremum meri Imperij. Ad idem adducit tex. in l. Non ambiguum C. de legibus & in l. formam, C. de officio præf. præt. quatenus ibi dicitur: istis solis datam esse potestatem condendi leges. Concordat tex. in l. vlt. C. de leg. & sic fundamentum Bart. in hoc consistit, quod cæteri Magistratus inferiores non habent potestatem legis condendæ, esse in primo gradu meri Imperij.

Confirmari potest; quia id pertinet ad vtilitatem publicam Principaliter, lege 1. de legibus, cap. erit autem lex 4. distinct. & expeditur officio Iudicis nobili, vt patet, Ergo conuenit illi definitio meri Imperij.

Contra hanc communem multæ difficultates opponuntur, quas expendere operæpretium videtur. Et primò Dec. hic num. 41. insurgit: Potestas legis condendæ pendet ab arbitrio Principis libero: Ergo non potest dici merum Imperium: quia merum Imperium est iurisdictio; iurisdictio habet necessitatem in se secundum definitionem gloss. in l. 1. C. eod. titu. Respondet Bolognet. potestatem condendi leges pendere quidem ab arbitrio Principis: sed tamen de honestate Principem cogi ad condendum leges necessarias, vt est text. in leg. humanum, Cod. de legibus. Constat enim, quòd etsi Princeps solutus sit legibus; profitetur tamen se legibus alligatum, leg. Digna vox, C. eod.

Secundò mouetur Dec. quia merum Imperium, de quo loquitur tex. noster, pertinet ad punienda delicta. Nihil est secundum Bolog. quia reperiuntur etiam alia, quæ sunt de mero Imperio, & non pertinent ad punitionem criminum.

Tertiò mouetur Decius: quia hic loquitur tex. de mero Imperio ad differentiam mixti. Ergo nil commune habet cum potestate legis condendæ. Nihil est: quia Bart. loquitur absolutè de mero Imperio: non autem, prout consideratur ad differentiam mixti.

Quartò mouetur; quia Princeps legibus solutus est, l. Princeps sup. de legibus. Ergo merum Imperium in Principe debet esse liberum; hoc autem non conuenit potestati legis condendæ: quia lex debet esse rationabilis, c. erit autem 4. distinct. Responderi potest, vt sup. licet Princeps legibus solutus sit: tamen profitetur se legibus alligatum esse, & maximè in condendis legib. d. l. humanum, C. de leg.

Quintò, quia potestas legem condendi competit etiã inferioribus, l. omnes populi, de iust. & iur. l. Prohibere, §. plane, ff. quod vi aut clam. l. vt gradatim, §. & si lege, C. de muner. Non obstat insuper. Dec. si dicatur Bart. loqui de lege generali; non autem de lege particulari.

Huic responsioni duo obstant. Primum, quod Bart. dat exemplum etiam de Præfecto Prætorio, qui non potest condere legem generalem. Alterum, quia plus & minus non faciunt differre specie; sed numero. Replicari potest ad hanc vlt. Quæ deficiunt per plus & minus, non differre specie; sed tantùm differre gradu, & maioritate. Quod sufficit pro defensione Bartol. Quod verò attinet ad exemplum præfecti Prætorio, dicimus; Præfectum Prætorio habere potestatem legem generalem condendi ex potestate sibi data à Principe, d. l. Formam, quam sic intellexit Alc. lib. 2. Parad. cap. 9. & alij, quos citat Cagnol. hic num. 201. & facit tex. in l. 1. cum glossa in l. 1. de off. Præf. Prætorio.

Sextò mouetur Bologn. contra Bart. quia hic agitur de Iurisdictione & Imperio iudiciali tantum. Replicari potest; dictum Bartoli non esse restringendum ad hunc textum nostrum.

Septimò idem Bologn. opponit; quia ista potestas competit non habentibus iurisdictionem, dicta l. omnes Populi, sed iam responsum est; quia Bartol. loquitur de potestate condendi legem generalem, & tex. in l. omnes populi, loquitur de statutis municipalibus.

Octauò idem Bologn. opponit; quia merum Imperium

perium non poteſt exerceri extra territorium, l. vlt. infrà tit. noſtro. At poteſtas condendi legem (ſicut cætera, quæ ſunt voluntariæ Iuriſdictionis) exerceri poteſt extra territorium, vt notat Cagn. in d. l. vlt. num. 28. Reſponderi poteſt negando conſequentiam; quia dicimus primum gradum meri Imperij habere hanc prærogatiuam, & imitari naturam voluntariæ iuriſdictionis.

Nonò opponit Valaſc. num. 150. quia poſſet condi lex ſuper re minima, & quæ ſit ſimplicis iuriſdictionis primo non poterit dici eſſe meri Imperij ex doctor. Baldi in l. nulli, C. de ſent. Reſponderi poteſt: condere legem ſemper eſſe meri Imperij, dato quod fiat ſuper re minima, dummodo lex ſit generalis; quia non ſunt conſiderandæ res, ſuper quibus leges conduntur, ſed ipſa poteſtas legem condendi ex notatis ibi glo. in l. 1. §. 1. in verbo Publicum, de iuſt. & iure. Et confirmari poteſt: quia mittere in poſſeſſionem eſt mixti Imperij, leg. Iubere, infra eod. & tantum miſſio poteſt fieri in re minima.

Ex quibus hæc concluſio communis remanet ſalua. Negari tamen non poteſt, quin magis propriè hæc poteſtas condendi legem dicatur eſſe de Reſeruatis Principi in ſignum ſupremæ poteſtatis; & quia intentio Iuriſconſulti in hac l. noſtra fuit loqui de mero Imperio, prout conuenit Magiſtratibus.

CAPVT XXIII.

De conciliatione textus in leg. ſi vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis cum textu in lege Stichum, §. naturalis, ff. de ſolutionibus.

SCripſi hac de re lib. 10. cap. 96. ſed non puto me ad ſcopum collimaſſe; re igitur maturiùs perpenſa, & valere iuſſa omni alia interpretatione, amplector Fortunij ſententiam, In d. §. pactus ne peteret, & Aleiati in l. lege obuenire, de verb. ſignif. qui perpendentes verbum (iuſto poſitam) in §. naturalis dixerunt: iuſto pacto tolli ipſo iure naturalem obligationem, iuſtum pactum appellantes legitimum, & ſolenne, quemadmodum iuſta vxor dicitur, iuſtæ nuptiæ, iuſta ſententia, pro legitima, & ſolenni. At naturalis obligatio non tollitur nudo pacto, quod ſcilicet non eſt ſolenne, ita loquitur tex. in dict. §. pactus ne peteret.

Hæc expoſitio videtur mihi probabilior omnibus alijs; quoniam fundata eſt in verbis textus. Cæteræ expoſitiones non habent fundamentum in verbis textus. His accedit ratio: quia pactum ſolenne maioris eſt efficaciæ, & roboris, quàm pactum nudum, meritò fortius operatur. Et ſic tollit naturalem obligationem ipſo iure, quod pactum nudum efficere non poteſt.

CAPVT XXIV.

Ad eundem §. pactus ne peteret, l. ſi vnus, ff. de pactis ſuper illis verbis, in ſtipulationibus ius continetur: in pactis factum verſatur.

QVid eſt illud, quod ait Iuriſconſultus in l. ſi vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis, in ſtipulationibus ius verſari; in pactis factum contineri?

Quid Alciatus ſcripſerit lib. 1. parad. cap. vlt. quid Aemilius Ferettus in commentarijs eius loci, necnon Riminaldus iun. & Fortunius, quid Ioannes Parladorius lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 3. ſenſerit, quid Franciſ. Connan. lib. 5. comment. c. 2. non me latet. Referre autem ſuperſedeo: tùm, quia varij varia dicere videntur verbis; ſed re idem dicunt. Tum, quia ocioſum

A eſſe videtur, errores manifeſtos confutare, prout error eſt (bona pace dictum ſit) exponere in ſtipulationibus ius verſari, id eſt, actionem: in pactis autem factum cõtineri, id eſt, exceptionem. Vel, quando ad pactionem liberatoriam reſtringitur hæc ſententia, prout latiſſimè tract. Rim. iun. in commentarijs, num. 291. & ſeqq.

Planè, ſi quis veritatem attigit, illam mihi videtur Bartolus attigiſſe, ſermone licet incompto, quem ſi à Connano mutuatus fuiſſet, nihil ſanè deſiderari poſſet elegantius. Nihil pro expoſitione huius loci accommodatius.

Verba Bartoli hæc ſunt, *Tu ergo dicas, quod ſubſtantia ſtipulationis conſiſtit in iure. Nam ſtipulatio eſt verborum obligatio, l. 5. de verb. oblig. ſubſtantia verò pacti conſiſtit in facto: quia pactum eſt duorum vel plurium in idem placitum, & conſenſus. Et hoc totum ſonat factum, & nihil iuris, & ideò ſtipulatio tollitur per aliam ſtipulationem: quia vnum ius poteſt tollere aliud ius verè: ſed pactũ*
B *non tollit aliud pactum. Nam exceptio, quæ oritur ex pacto, non oritur mediante naturali obligatione ipſius pacti: ſed prima, & immediata cauſa exceptionis eſt, quia ſic cõuenit: quia tale pactum interuenit. Hoc dicit textus rotũdiſſimus, inſt. de repli. §. 1. quod autem factum non interuenit, non poteſt fieri per legem ſecundum* varietatem l. in bello, §. factæ cum ſimil. inſt. de captiu.

Verba autem Connani hæc ſunt: *Etſi pactus ſum non petere: quamuis poſtea paciſcar petere, verum eſt tamen me pepigiſſe ne peterem, ſic ſtat, & manet vtrumq; pactum; ſed in iudicando, quod poſterius eſt auctoritate iuris prætorij, elidet alterum: non enim per ſe poſſet, ſed cum res in diſceptationem venit, vt neceſſe ſit alterum infirmari, ea ſunt pares iudicis, vt poſteriori robur addat, & elidat alterum: vnde fit, vt non niſi per exceptionem prius pactum tollatur. At in ſtipulationibus, quibus ineſt ius ad obligationem, altera alteram tollit eo ipſo iure, quo donata eſt, & à legibus munita, vt tametſi cum*
C *acceptum tuli, quod ſtipulatus eram, à te verum ſit: tamen ius, quod in ea erat, ſublatum eſt, vt inanis iam ſit & futilis, nihil præter mera verba habens ad nullam rem, quæ iuris eſſe poſſit, idonea: ideò ne ſtipulatio quidem dicitur, cuius nomen & ius in iure conſiſtit.*

Vides (vt puto) Lector vtriuſq; auctoritatis ſententiam: Vnam eſſe alteram craſſiori filo orationis expoſitam, alteram verbis ornatam elegantiſſimis, ſed quid refert? Nam res ornari negat contenta doceri.

CAPVT XXV.

An Oldradi conſilium 21. locum habeat, vbi teſtator habuit voluntatem conſeruandi bona in agnatione?

D COnditio fideicommiſſi adiecta in perſona filiorum, ſi deceſſerint ſine liberis, euaneſcit, ſi cum liberis decedat: quamuis liberi poſtmodum abſque liberis decedant. Ita reſpõdit olim Oldradus in conſ. 21.

Controuerſia eſt, an hoc reſponſum locum habeat etiam, quando teſtator voluit bona conſeruari in agnatione. Et quidem locum habere reſponderunt Alex. conſil. 139. lib. 6. Rimin. conſil. 105. lib. 2. Dec. conſil. 291. & conſil. 287. Soc. iun. conſil. 4. lib. 3. Roland. conſil. 56. lib. 3. D. Ceph. conſil. 269. num. 11. & conſil. 544. lib. 4. Gabr. conſil. 111. num. 16. & 17. Menoch. conſil. 85. lib. 1. Pariſ. conſ. 31. num. 23. lib. 2. Rubeus conſ. 120. ad fin. Marcabr. conſ. 61. num. 136. Zanch. in l. hæredes mei, §. cum ita in ſeptima parte, nu. 56. ff. ad Treb. Odd. conſ. 66. num. 107. & conſil. 67. num. 30. & num. 75. Menoch. conſil. 761. num. 10. Aonded. conſil. 60. num. 81. lib. 1. Peregrin. de fideicommiſ. art. 29. num. 27. Surdus conſ. 448. num. 13.

A Fundamentum est: quia, quando testator rationem habet conseruandi bona in agnatione; istud intelligitur secundum modum, & formam ab eo expressam, & declaratam in testamento. Quod quidem fundamentum perquam fragile mihi videtur: quia licet modus, & forma aliqua in testamento contineatur, secundum quam testator voluit substituere, & ad fideicommissum vocare: non tamen eius dispositio restringi debet ad eum casum, & modum, quem expressit, quando appatet eum voluisse simpliciter, & absolutè bona sua conseruari in agnatione, & familia. Tunc enim voluntas eius seruari debet. Non potest testator omnes casus exprimere, qui euenire possunt: sed habenda ratio est mentis testatoris, & porrigenda eius dispositio ad casus similes iuxta mentem ipsius. Et sicut Iurisconsultus de legislatore dixit in l. non possunt, ff. de legibus: ita & nos de testatore dicere possumus, cum eius voluntas sit lex. §. disponat, in auth. de nuptijs.

B Côtrariam igitur sententiam veriorem esse iudico, quam amplexi fuere Paris. cons. 57. n. 10. lib. 2. & consil. 24. num. 17. & cons. 50. num. 19 & cons. 53. num. 26. lib. 3. Grat. consil. 5. num. 15. lib. 2. Marzar. cons. 5. & plurimi alij, quos refert, & sequitur Peregrin. cons. 49. lib. 1. & latiùs in consil. 65. num. 17. lib. 2. ex quibus rectè intuenti patere potest, hanc fortassa communiorem esse sententiam.

Fundamentum autem est clarissimum, & indubitatum: quia bona non possunt in agnatione conseruari, si onus fideicommissi censeatur repetitum in filijs filiorum. Cessante enim continuatione fideicommissi, & oneris da filijs in nepotes, & in alios deinceps bona non poterunt in agnatione conseruari, vt bene deducit Menoch. lib. 4. præs. 69. num. 9. & num. 18. Et huic rationi sine cauillo responderi non potest.

CAPVT XXVI.

C

Ex chirographo de recepta pecunia quænam oriatur obligatio?

SCripsi aliquid hac de re lib. 2. cap. 87. nunc aliqua addenda esse putaui prioribus his scriptis, nempe: veram & communem esse sententiam Bar. in l. cum quis, C. de iur. & facti ign. & in l. 1. vbi latè Ias. ff. de condict. indeb. ante biennium oriri ciuilem obligationem tantùm; post biennium autem ciuilem, & naturalem. Nam, cùm ante biennium huic confitenti de recepta pecunia possit accedere fideiussor, l. tam mandatori, C. de non num. pecun. necesse est, vt confitens sit aliquo modo obligatus: quoniam fideiussoris obligatio accessoria est principalis obligationis. Sed non potest esse obligatus naturaliter: quia repugnat æquitas, cùm nihil acceperit, quo æquitatis vinculo sustinetur naturalis obligatio, l. Stichum, §. naturalis, ff. de solutio. Ergo obligatus erit saltem ciuiliter.

D Post biennium verò elapsum, nulla querela proposita non numeratę pecuniæ lex præsumit, numerationem factam: & consequenter producit naturalem obligationem, perinde ac si pecunia fuisset numerata.

Scio, Fortunium in l. si vnus, § pactus ne peteret, ff. de pactis, num. 48. & 49. aliam habuisse opinionem, eo quòd ante biennium oritur actio, l. si ex cautione, & l. in contractibus, C. de non num. pec. vbi textus dicit exceptionem dari. Ergo præsupponit actionem, lege 1. de except. Dicendum verò est: actionem dari propter ciuilem obligationem.

Alij dixerunt; neque naturalem, neque ciuilem oriri obligationem ante biennium, ex l. qui pecuniam, ff si cert. pet. & quia confessio probat: non autem inducit obligationem, l. publica, §. vlt. ff. depos. & quia confessio videtur esse facta sub conditione, si pecunia fuerit numerata. Ergo ante numerationem nulla oritur

A obligatio, l. credere diem, de verb. sign. gl. in l. itē quia, ff. de pactis, vbi loquitur de cōditione tacita, & propter quasdam alias leues rationes.

Quæ facilè tolli possunt: quia textus in l. qui pecuniam, loquitur de efficaci obligatione, per quam debitor cogi potest ad soluendum: non negat interim obligatum esse, licet pecuniam non receperit, quando confessus est se recepisse. Obligatus est enim ciuiliter: sed potest se tueri exceptione non numeratę pecuniæ. Nec est ista simplex confessio de recepto: sed adiunctam habet promissionem de restituendo secundum naturam mutui l. cum quid, ff. si cert. pet. Non est confessio conditionalis: sed pura; licet subintelligatur, quòd pecunia debeat numerari. Nam istud facit, vt interim qui confessus est, se recepisse, tueri se possit exceptione non numeratæ pecuniæ: non autem, quod non sit obligatus. Est obligatus ciuiliter ex litteris de recepta pecunia: sed habet iustam exceptionem ante biennium, per quam euitare potest solutionem. B

Itaque nihil commune habet cum hoc negotio id, quod dicitur de tacita vel expressa conditione. Est potius quidam modus (vt dicebat Bartolus) siquidem confessio facta esse intelligitur, vt pecunia numeretur: qui quidem modus non suspendit obligationem, l. 1. & 2. C. de donatio. quæ sub mo. l. quibus diebus, §. Termitius, & ibi Bart. notat, ff. de condit. & demonstr. Vide varias opiniones, & auctores apud Illustrissimum Dominum, D. Odoardum Cibo in suis thesibus, thesi 98.

CAPVT XXVII.

Stante statuto, quod contra debitorem possit fieri exequutio à creditore: an cessionario competat ius exequendi?

C NOn competere ius exequendi cessionario, nisi prius facta liquidatione, citata parte, quòd sit cessionarius, voluerunt Baldus in l. per diuersas, quæst. 18. C. mand. Marsil. singul. 56. Contrarium voluit Castr. consil. 91. num. 3. versic. breuiter istud lib. 1. Boer. decis. 20. in fine Duen. reg. 277. num. 5. ampliat. 5. Surd. consil. 22. num. 19. lib. 1. Ancharan. quæst. famil. 3. numero 13. & 14. quem refert Flaminius Cartarius decis. 63. numero 13. & 22. Prioris sententiæ fundamentum est: quia agens, vt talis, debet probare se talem esse: est enim hæc qualitas necessaria nec debet præsupponi, sed probari. Quod fieri non potest, nisi partibus vocatis, iuxta regulam l. de vnoquoque, ff. de re iudicata. Fundamentum verò contrariæ sententiæ positum est in eo, quod si deberet fieri talis liquidatio, citato debitore, posset instrui ad fugam & sic creditor eluderetur. Item, quia sufficere D videtur, quod constet de cessione per instrumentum publicum.

Et hanc partem ego secutus fui, & secundum eam iudicari vidi. Quæ confirmari potest ex traditis per Vantium de nullit. tit. quibus mod. null. des. san. poss. num. 130. vbi, quòd possessio nulliter capta confirmari debet, si iustè data fuit. Vt ex trad. per Farinac. de carceribus, & carcer. quæst. 27. num. 151. vbi probat, indebitè captum iustè detineri, si post capturam superueniat debiti probatio.

C A.

CAPVT XXVIII.

Vsumfructuarius omnium bonorum, an teneatur soluere legata: & an concurrat cum legatario rei particularis?

AD vsufructuarium pertinere solutionem Legatorum dixerunt Bal. Fulg. Salyc. Castr. in l. vlt. §. sin autem, C. de bon. quæ lib. moti ex illo tex. ibi: *Sin autem legata, vel fideicommissa, siue Annalia, siue semel relicta imminent huiusmodi personis: siquidem tales redditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata: pater ex huiusmodi redditibus hæc dependere compellitur.* Respondent omnes, loqui de legatis annuis: esset enim absurdum, quod proprietarius singulis annis deberet aliquid vendere, vt satisfaceret legatarijs. Item, loqui de patre, qui est vsufructuarius, & administrator bonorum aduentitiorum filij: is enim videtur nomine filij soluere. Quæ responsio licet non transeat apud me sine difficultate: quia tamen melior non occurrit, eidem acquiesco.

Et contrariam sententiam amplector, quæ communis est, & solidum habet fundamentum: quod scilicet; legatorum præstatio incumbit hæredi, instit. de leg. in prin. l. legatorum, de leg. 2. Quia hæres adeundo hæreditatem dicitur, quasi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, §. hęres, institu. de obl. quæ ex quasi. contractu. Ita Bar. in l. vlt. de vsufru. leg. alios adducit Rol. consil. 8. num. 26. lib. 2. & post eum Crassus, §. legatum, quæst. 36. num. 2. & 3 Hæres autem soluet legata vendendo bona hæreditaria: & sic cum diminutione vsufructus, sicuti contra errorem Cornei in consil. 195. libro 4. declarat optimè Crau. in consil. 187. & post Crauet. Paris. consil. 95. & 96. libro secundo Couar. variar. lib. 2. cap. 8. nume. 7. & alij citati à Crasso in dicto §. legatum, quæst. 36. numero 4.

Quantum vero attinet ad alteram quæstionem: non concurrere vsufructuarium omnium bonorum cum legatario rei particularis, multi responderunt Bal. in l. quoties, C. famil. herciscun. & ibi Salyc. Iason in l. cum quæstio, C. de leg. & in cons. 18. libro. 1. Dec. consil. 607. Aretin. in §. 1. inst. de vsufr. Soci. iun. consil. 115. libro 1. Moti ex regula: *Generi per speciem derogatur*, & ex l. si fideicommissum, ff. vt in possess. lega.

Quantum attinet ad tex. in d. l. si fideicommissum, nihil facit: quia vbi vnus legatarius volebat mitti in possessionem legatorum seruandorum caussa in possessionem rei, quæ alteri fuerat specialiter legata. Non erat iustum, sed mitti debebat in possessionem aliorum bonorum, & ideo inquit ibi Iurisconsultus, *æquius est, me eam habere, cui ea ipsa relicta est, quam te, qui alterius fideicommissi nomine ingressus in eam es.* Regula verò: *Generi per speciem derogatur*: locum habet, quando genus, & species versantur circa idem ius, hoc modo: lego vsumfructum omnium bonorum Titio, lego vsumfructum fundo Titiani Caio. Per hoc legatum derogatur generali legato vsusfructus; sed genus, & species in proposito nostro versantur circa diuersa: legatur enim vni fundus: alteri vsufructus omnium bonorum. Hoc in casu generi non derogatur; quia legatum fundi continet proprietatem, & vsufructum simul: non autem solum vsufructum. Ita limitat d. reg. Bar. in l. Sempronio, de vsufruct. leg. Dec. & Cagnol. numero decimoquinto in l. in toto, de regul. iur.

Contrariam igitur sententiam, quæ communior est, veriorem esse puto, & amplector per text. in l. si alij, de vsufr. leg. ibi; *Vsusfructus inter eos communi-*

A *cabitur*. Ita Bar. in d. l. Sempronio, de vsufr. leg. & in l. vlt. Bal. Dec. & alij apud Rol. consil. 8. nu. 46. lib. 2. Cou. lib. 1. var. c. 207. Caualcan. de vsufr. nu. 231. Crass. d. §. legatum, num. 5.

CAPVT XXIX.

Cur prætor heredem facere non possit?

SCripsi alias hac de re. Nunc diligentius repetere constitui, quæ in explicatione rubri. C. qui admitti, latius adnotaui.

Prima est opinio Pauli Castr. hic num. 2. hæredem fieri non posse per prætorem; quia hęres fieri potest per legem tantum, & similem constitutionem, vt habetur in §. quos autem, Inst. de bon. poss. Prætor autem non habebat potestatem legem condendi per
B prius, licet eius edicta habebant vim legis: quia recipiebantur a populo.

Hæc opinio reprehenditur per Dec. in 3. lectura nume. 10. cum seqq. Primo quia, attenta hac ratione, prætor non potuisset dare etiam bonorum possessionem, nisi id approbatum fuisset a populo; quod est absurdum. Replicari potest: Prætorem habuisse Imperium, vt in §. 1. Institutionum, de perpe. & temp. act. Dare autem bonorum possessionem est Imperij, l. iubere, de iurisd. omn. iudi. & ideò non erat opus approbatione populi: similiter Prætor habuit iurisdictionem, §. aliæ, inst. de actio. Qui verò habet iurisdictionem potest in possessionem mittere, l. 1. de iurisd. omn. iud.

Secundo opponit Decius: si edicta Prætoris non valuissent sine approbatione populi, essent ius ciuile; non autem Prætorium: quia regula est, cùm actus
C non valet, & indiget approbatione, denominatur à confirmante, ut notat Bar. in l. more, nume. 5. de iurisd. omn. iud. Replicari potest, edicta prætoris ualuisse: quia potestatem habebat edicta proponendi, §. Prætorum quoque, inst. de iur. nat. in insti. Theophilo. Confirmatio autem, seu approbatio populi non erat necessaria, quasi non valerent: sed, ut omni ex parte essent perfecta. Sicut dicimus, electionem alicuius priuati factam ualere, licet necessaria sit confirmatio superioris, c. transmissam, & c. qualiter, de electionibus, & hoc in casu, qui confirmat nihil dat ut docet idem Bart. loco citato. Vel responderi potest actum non denominari à confirmante, quando illum confirmat, prout est non intendens de nouo facere, ut ibi per Bart. c. antepen. & fin. de confirmatione util. uel inutil. Populus autem recipiebat edicta prætoris non animo ea de nouo faciendi: sed approbandi, prout erat, & sic tanquam ius Præ-
D torium.

Tertiò mouetur Decius; quia non uidetur uerum id, quod supponit Paul. Castr. uidelicet, Prætorem non habuisse potestatem legis condendæ. Nam, quod habuerit potestatem legis condendæ, probari uidetur ex eo, quod habetur in §. Prætorum quoque, inst. de iur. nat. ubi dicitur: Prætorum edicta non modicam obtinere iuris auctoritatem, & dicitur una uox iuris Ciuilis, l. nam & ipsum de iustit. & iure. Istud argumentum nihil est; quia concedit etiam hoc Castrensis, edicta prætorum habuisse uim legis; sed negat fuisse leges immediatè, & per prius. Aliud est enim aliquid esse tale immediatè, & per prius: aliud pro tali haberi, l. mercis, & ibi gloss. in uerbo imagines, de uerb. sign.

Quartò (inquit Decius) quod prętor habuerit potestatem legis condendæ. Probat: quia Prætor habebat potestatem corrigendi ius Ciuile, l. ius autem ciuile, §. ius Prætorium, de iust. & iur. & in terminis

nostris

noſtris ipſa bonorum poſſeſſio introducta eſt à Prætore emendandi iuris Ciuilis gratia, vt teſtatur Imperator inſt. de bon. poſſ. in princ. Ergo poterat legem condere. Nam inferior poteſt tollere legem ſuperioris, clementina de Romani, de electionibus, c. cum inferior, de maioritate, & obedientia.

Reſpondet Rim. iun. in rub. C. qui adm. nume. 55. Prætorem abſolutè non potuiſſe ius Ciuile corrigere: ſed tantùm propter publicam vtilitatem, vt dicitur in d. l. ius autem Ciuile, §. ius Prætorium, & hoc etiam iudici permiſſum eſt ex cauſſa leges tranſgredi, vt voluit Innocent. in cap. primo, de conſtitut. text. & ibi Bart. in l. quid ergo, §. pœna grauior, de his qui notantur infamia. Hæc replicatio non tollit argumentum Decij, poteſt enim reſponderi pro Decio: ſi Prætor non poteſt, niſi ex cauſſa publicæ vtilitatis ius corrigere. Ergo ſimiliter poteſt ex eadem cauſſa publicæ vtilitatis legem condere.

Reſponderi igitur poteſt ad argumentum Decij: Prætorem potuiſſe ius edicto ſuo corrigere, aliquando propter eius nimium rigorem, l. Filio præterito, l. Poſthumus, de iniuſt. nupt. & irr. fac. teſtam. quia id ei permiſſum eſt: at legem condere immediatè, & per prius, non erat ei permiſſum: ſed tantum populo, §. lex. inſt. de iure nat. vel Principi, l. 1. de conſt. Princ. l. vltim C. de leg. vel ſenatui, l. non ambigitur, de legibus, & multò minùs permiſſum fuit, legem condere contrariam Iuri Ciuili: quia nec Pręfecto Prætorio id erat permiſſum, l. formam, C. de off. præf. prætor Orien. qui erat dignior Prætore. Et in materia iuriſdictionis non valet argumentum: cui plus conceſſum eſt, eidem & minus, l. ſolennis, §. Latrunculator, de Iudic.

Quintò (inquit Decius) quòd Prætor habuerit poteſtatem legis condendæ, probatur ex eo, quòd Prætor actiones dabat, quæ dicebantur Prætoriæ, §. Pęnales, §. ſed iſtæ, inſt. de act. & obligat. §. Prætoria, inſt. de oblig. Hoc nihil concludit: quia veniunt in conſequentiam iuriſdictionis, quæ fuit conceſſa Prætori, vt in leg. 2. §. deinde cum poſt. de orig. iur. nos autem loquimur de poteſtate legis condendæ.

Sextò pro hac ſententia, quòd prætor habuerit poteſtatem legis condendæ, Fortunius in l. iuriſgentium. §. Prætor, de pactis adducit hoc argumentum: Prætor ſemper æquitatem amplectitur contra rigorem iuris, l. quod ſi Epheſi, ff. de eo qui certo loco. Ergo poteſt ius condere. Reſponderi poteſt negando conſequentiam: quia æquitas prætoris non eſt lex immediatè: & ſic per prius, de qua nos loquimur.

Septimò ſic argumentatur Sapia hic in 1. colum. Prætor tollit vſucapionem, §. rurſus, inſtitut. de act. quæ eſt iuris Ciuilis, inſtit. de vſucap. in princ. Ergo poteſt ius condere. Reſpondetur negando conſequentiam: quia non infertur ex hoc, quod habuerit vim legis condendæ per prius.

Octauò Rim. iun. hic num. 59. adducit pro hac ſententia doct. Bart. in l. omnes populi in 4. q. 1. quæſt. Princ. de iuſt. & iur. vbi notat: Prætorem poſſe condere ſtatuta, ſed hoc facile tollitur: quia nos quoque dicimus, poſſe edicta facere: ſed talia edicta non ſunt leges per prius.

Nonò: idem Rimin. adducit gloſ. in l. 1. ff. ad l. Falcidiam, vbi dicit: prætorem per ſe abſque interrogatione populi potuiſſe legem facere. Reſpondetur: illam gloſſam in ver. lex Falcidia, intelligere, de edictis Prætoris: quia adducit tex. in §. prætorum quoque, inſtit. de iure nat. gent. & ciu.

Decimò: adducit idem Rimin. iun. tex. l. 1. ff. vnde cognati, vbi prætoris edictum appellatur lex. Reſpondetur, vt per gloſ. ibi in ver. lex, id eſt, edictum Prætoris, quod in genere eſt lex, quatenus habet vim legis.

A Vndecimò: adducit auctoritatem Feneſtellæ, & Liuij, qui teſtantur; prætorem ius condere potuiſſe. Facilè reſpondetur, hoc eſſe intelligendum per poſterius: quia edicta pręторis habebant vim iuris.

Duodecimo: idem Rimin. iun. adducit: legis virtus eſt imperare, permittere, & punire, l. legis virtus, ff. de legibus. Hoc facit Prætor in edictis ſuis; ergo legem facere poteſt. Reſpondetur: fieri hæc à Prætore: ſed non in modum legis per prius.

Decimo tertiò: ponderat idem Rimin. text. in §. Prætorum quoque, inſtit. de iure nat. quatenus ibi dicitur: edicta Prætorum non modicam habere iuris auctoritatem. Hoc facilè confutatur: quia id fatetur Caſtrenſis, fatiſque illi eſt, edicta non fuiſſe leges per prius; ſed per poſterius; quia a populo approbata erant. At (inquit idem Rimin. iun. numero 76.) nullibi conſtare, de hac approbatione populi, & ideò erubeſcimus cum ſine lege loquimur, §. conſidere-
B mus, in auth. de trient. & ſem. Reſpondetur; nihil intereſſe, an verbis, vel factis fiat approbatio, l. de quibus de legib. Ideò, licet populus non approbaret expreſsè verbis ſuis, & ſcriptis: tacite tamen approbare videbatur obediendo edictis prætoris. Et quod approbarentur à populo, colligitur ea §. Prætor quoque, vbi dicitur; habere iuris auctoritatem. Iſtud enim aliunde non eſt, niſi quoniam populus illi obediebat.

Et hæc ſententia, quod Prætor non habuerit poteſtatem legis condendæ per prius, eſt communis, vt teſtatur hic Curt. iun. numero 4. Cagnol. num. 31. Rimin. iun. nume. 38. Probatur primò ex §. quos autem, inſt. de bon. poſſ. vbi dicitur; per legem enim & ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt. Nam ſi per Prętoris edicta eſſet lex; & Prętor potuiſſet legem condere, hæc ratio inepta eſſet. Secundò; quia poteſtas condendi legem eſt penes Principem, & Popu-
C lum, & Senatum, §. lex, inſt. de iure nat. l. 1. de conſt. Princ. l. fin. C. de legibus, l. non ambigitur, de legib. & Pręfectum Prætorio, l. formam, C. de off. præf. præto. de hac eſt gradus ſupremus meri Imperij, qui ſolis iſtis eſt conceſſus, vt bene declarat Bar. in l. Imperium, nu. 8. de iuriſdict. om. iud. Tertiò eſt Theophilo in §. prætorum quoque, inſtit. de iure nat. gen. & ciu. vbi prolixè id tradit. Quartò; quia fuit conſtitutus Prætor, vt ius diceret, l. 2. de origin. iur. §. deinde cum poſt, & dicitur iuris diſceptator, l. 1. C. de off Pręt. & cuſtos Iuris Ciuilis per leges 12. tabul. vt per Alciat. lib. tertio, Parerg. capit. 3.

His ita conſtitutis, apparet; rationem Caſtrenſ. manere in ſuo robore, & rectè defendi poſſe ab impugnationibus Decij, & aliorum. Verùm, non propterea eſt tenenda. Nam dato, quod Prætor non habuerit poteſtatem legis condendæ, certum eſt, edicta Prætoris maximam iuris auctoritatem habuiſſe, vt in dicto
D §. prætorum quoque Ergo potuiſſe videtur hæredem facere, ſicut ius Ciuile, niſi alia ratio aſſignetur; nam ea, quæ ſunt paris potentiæ, pares producunt effectus, l. de quibus de legibus.

Secunda igitur opinio fuit Porcij in dict. §. quos autem, inſt. de bon. poſſeſſ. Prætorem hæredem facere non poſſe ipſo iure, vt ibi dicitur; quia requiritur præſentia iudicis, l. ſi infra titul. noſtr. & ſic alia ſunt neceſſaria, alioquin ſi voluiſſet id Prætor, facere potuiſſet. Eandem ſententiam ſecutus eſt Belle. lib. primo ſupp. iur. c. 10. Rectè confutatur à Decio; quia textus in §. quos autem, abſolute negat fieri poſſe hæredem à Prætore dum ait; nam prætor hęredem facere non poteſt, &c. ſic loquitur abſolutè, & ſimpliciter; ergo licet prætor voluiſſet facere, non potuiſſet.

Tertia opinio fuit Alberici; quia duo hæredes in ſolidum eſſe non poſſunt, lege quod contra, §. 1. de

reg.

reg. iur. sed hæres iam est factus à Iure Ciuili: quia defert hæreditatem filijs: deinde cæteris, toto titul. de hær. quæ ab intest. Ergo non potuit prætor facere aliũ hæredem; & qui est hæres iam factus, non poterat desinere esse hæres, lege etsi fine, §. qui Papinianus, ff. de minor.

Refellitur per Decium, num. 16. quia hæc ratio locum haberet in suis hæredibus, qui sunt hæredes absq. aditione: licet habeant beneficium abstinendi. Et argumentum procedit post aditam hæreditatem: at hic non est adita hæreditas.

Supponimus enim hæreditatem alicui delatam ex iure Ciuili, & ex iure Prætorio; aliquis non vult adire, ex iure Ciuili: Sed vult eam consequi ex iure Prætorio. Videtur hoc ei licere, l. quoties duplici, de reg. iur.

Quarta opinio est ipsius Decij: quia prætor solus non posset hæredem facere: secus, si concurrat ius Ciuile. Ita enim loqui videtur text. in dicto §. quos autem, dum ait: *Quos autem prætor solus vocat*. Non obstat illa ratio generalis: quia prætor hæredem facere non potest: quia debet intelligi secundum præcedentia, leg. si seruus plurium, §. fin. de leg. 1. Confirmari potest: quia ratio legis licet generalis sit, debet tamen intelligi secundum terminos ipsius legis, cap. super literis, & ibi notat Decius de rescript. Cagnol. in l. 1. numero 63. infra tituł. nostro. Non placet Cagnol. numero trigesimoquinto primo text. in §. quos autem, negat absolutè, prætorem hæredem facere posse: illa enim verba: non potest, tollunt omnem potentiam, gl. in c. 1. de reg. iur. in 6. Et sensus d. §. est, quòd quando Prætor non vocat solus: sed etiam ius ciuile, tunc vocatus efficitur hæres immediatè, iure Ciuili, vt patet ex §. præced. in fi. & ratio est secundum Rim. iun. numero 31. quia hic est casus mixtus vnde denominatio debet fieri à digniori, cap. quid in dubijs, de consecr. Eccles.

Quinta est opinio Alciati lib. 3. parerg. capit. 3. Prætorem ideò hæredem facere non posse; quia, aut vocat ad hæreditatem eos, qui alias vocantur à iure Ciuili, & tales fiunt hæredes beneficio iuris Ciuilis: non autem Prætoris. Aut vocat eos, qui non sunt à iure Ciuili vocati, sicuti sunt filij emancipati, & istos non potest facere hæredes: quia lex defert alijs hæreditatem: ipse autem prætor non habet potestatem legis condendæ. Hæc autem ratio satisfacere non potest: quia, si Prætoris edictum habet eandem iuris auctoritatem, quam habet lex, videtur hæredem facere posse, sicuti lex potest. Nec obstat, quod alijs hæreditas delata sit à lege: quia in hoc Prætoris edictum præualere debet, cum factum fuerit emendandi iuris Ciuilis gratia, §. 1. inst. de bon. poss.

Vltima opinio ex recentioribus Gallis, & Pistoriensibus in d. §. quos autem, & ante illos fuit Rainaldi Cors. lib. 3. indagat. iur. c. 4. Ideò Prætorem non D posse hæredem facere: quia nec dominum facere potest, l. qui vsumfructum, §. si cer. pet. l. Prætoris, lege si finito, §. Iulian. de damn. infect. idem est enim hæres, quod dominus, §. fin. instit. de hæred. qualit. & differentia. Non obstat, si dicatur; imò bonorum possessorem fieri dominum, l. 1. de bonor. poss. dum ibi dicitur; bonorum possessorem habere dominium iterum; quia illud intelligitur, de vtili dominio, non autem de directo, vt bene ibi gloss. explicat. Hæres autem est dominus, habet directum, non autem vtile tantum.

At responderi potest, huic opinioni repugnare verba textus in d. §. quos autem, vbi dicitur, ideò Prætorem facere hæredem non posse, quia per legem tantum, & similem iuris Constitutionem hæredes fiunt, non autem dicitur, caussam esse, quia Prætor dominium directum transferre non possit. Nam

A iterum quæri potest, cur transferre non possit dominium, etiam prætor per edictum, cum transferatur per legem, & Prætoris edictum habeat vim legis.

Est igitur inuenienda ratio, quæ non solum bona sit, sed & consentanea verbis Imperatoris, illa verò hæc est iudicio meo. Dicit Imperator. Prætor hæredem facere non potest, quia per legem fiunt hæredes. Aut successio defertur ex testamento, aut ab intestato, si ex testamento, hæredes fiunt per legem, lege verbis legis, de verborum significat. si ab intestato, lex vocat ad hæreditatem primò filios, postea agnatos, & cognatos. Tertullian. Senatusconsultum vocat matrem ad successionem filij. Orficianum vocat filium ad successionem matris, & sic hæredes fiunt per leges, Senatusconsulta, & similes constitutiones. At à prætore non fiunt, sed bonorum possessores, quia Prætor constitutus fuit ad ius dicendum, lege 2. §. de-
B inde, de orig. iur. officium autem iuris dicentis est, dare bonorum possessionem, lege prima, de iurisdict. omn. iud.

CAPVT XXX.

An Potestates nostri temporis æquiparentur antiquis prætoribus?

CONtrouersia est in eadem rubr. C. qui admitti, an Potestates nostri temporis æquiparentur antiquis? Variæ etenim sunt Doctorum sententiæ?

Prima Baldi in hac rubric. qui simpliciter dixit, æquiparari, & sequitur Aret. in §. 1. numero 4. inst. de bonor. possess. Fundamentum est, quia prætores no-
C stri temporis faciunt edicta etiam contra statuta locorum, suadente publica vtilitate; ad similitudinem Prætorum. Non obstat, si dicatur. Prętores non posse recedere à forma statutorum, quia in Principio officij iurant illa seruare, vt in Authent. vt iusiur. exp. ab his in princ. quia non obstante iuramento videntur hoc posse facere ex caussa superueniente, quę concernit publicam vtilitatem, iuxta doctrinam Innoc. in cap. primo, de const. argumento lege si hominem, ff. mand. saltem quando Principis copia haberi non potest, alias enim Principem consulere debent, in §. si de quęst. lege diuus, 2. de Fals. l. ad bestias, de poenis.

Hanc sententiam impugnat Bulgar. duplici ratione. Primò, quia Prętor antiquus non fuit motus ex noua causa, sed ex causa, quę erat nota prius, etiam tempore legis duodecim tabularum. Hoc vult dicere. Prętor vocat emancipatos ex naturali ratio-
D ne, vt inquit text. in § emancipatos, instit. de hęred. quę ab intestat. quia scilicet, sunt filij. Ista ratio fuit etiam cognita legum latoribus. & tamen noluerunt admittere emancipatos. Aut Prętores nostri temporis non possunt aliquid statuere contra ius, nisi ex caussa noua emergente. Respondet Dec. numero 24. licet caussa ista esset nota tempore legis duodecim tabularum, non fuit tamen considerata à legum latoribus, prout à Prętore, & ideo reputatur noua caussa, arg. c. pen. de consang. & aff. confirmat Bologn. num. 37. vt per eum.

Secundò mouetur Bulgar. quia, quando Prętores nostri temporis aliquid statuunt contra ius ex caussa, videtur illis hoc permissum à lege, quę in prohibitione non videtur voluisse casum illum includere, arg. d. l. si hominem, ff. mand. l. fin. ff. qui satisd. cogn. Respondet Decius, satis esse, quòd similitudo conueniat in eo, de quo agitur. Hic autem con-

conuenit in eo, de quo agitur: quia factum prætoris antiqui contra legem approbatum erat à populo, sicut factum Prætoris noui videtur ab ipsa lege approbatum, & de mente legis fuisse.

Tertiò, contra eandem sententiam Baldi, & sic contra æquiparationem antiqui, & noui Prætoris argumentatur Dec. nume. 26. quia Prætor disponebat contra ius ciuile per viam legis generalis. At prætores nostri temporis disponunt contra ius ciuile in aliquo casu particulari, per viam dispositionis. Respondet Bologn. etiam Prætoribus nostri temporis permissum esse, edictum generale proponere, quod loco legis obseruatur in locis, supra quibus ius dicunt.

Quartò idem Decius argumentatur contra dictam æquiparationem: quia prætores poterant corrigere Ius ciuile, l. Ius autem ciuile, §. Ius Prætorium, ff. de iust. & iure. Hoc autem non est permissum Prætoribus nostri temporis: quia ipsi iurant seruare statuta: & ideo illis non possunt contra venire, nisi ex caussa, & petita absolutione à iuramento, glo. in c. verum de iureiu. quod vinculum iuramenti non erat in Prætoribus antiquis. Respondet Cagn. num. 21. non requiri absolutionem à iuramento, argum. l. fi. ff qui satisd. cogan. idem dicit Bologn. vbi sup. Et illud amplius, quod olim iurabant etiam Prætores, argum. auth. vt iusiur. exp. ab his. Ad gloss. allegatam nil respondet. Ego respondeo, nil facere ad rem: dicit enim absolui à iuramento eos, qui coacti iurarunt. Quod non facit ad rem.

Quintò, quia Prætores nostri certam non habent iurisdictionem, nisi quatenus est illis permissum à statutis locorum, Baldus in auth. cassa, C. de sacros. Eccl. Prætor autem certam habuit iurisdictionem. Respondetur, nostri temporis Prætores (loquendo de maioribus) habere ciuilem, & criminalem iurisdictionem de consuetudine, quod sufficit.

Sexto contra sententiam Baldi, & dictam æquiparationem opponit Cag. num. 21. & Rim. iun. 8c. Prætores nostri temporis non posse absolutè recedere à lege: sed consulere debent Principem, quod anti. qui non faciebant, l. Diui fratres, l. ad Bestias, de Per. l. Diuus, de Fals. l. 1. §. fi. de quæst. Respondeo retorquendo illas leges: quia idem esset in antiquis Prætoribus, qui non poterant mutare sententiam, l. quod iussit de re iud. nec excedere formam suæ iurisdictionis. Ergo non obstant dictæ leges; dato, quòd probent Prætores nostri temporis hæc facere non posse.

Septimò, Rim. iun. nu. 88. adducit contra dictam æquiparationem tex. in l. Programma C. com. epist. Respondetur, idem esset in Prætoris Programmate: quia non haberet vim rei iudicatæ.

Octauò idem Rim. Iudices coguntur aliquando alterare pœnam à iure constitutam, l. 1. & l. Agraria, ff. de termino moto, Alex. in l. Et si seuerior in fi. C. ex quib. cau. inf. irrog. At prætores non cogebantur. Respondeo: Prætores imò eodem modo cogi, quo alij iudices coguntur: non enim factum Prætoris potest iuri publico detogare, l. 1. de Ferijs.

Nono: Iudices, quando recedunt à Iure scripto, tenentur caussam adferre, Inn. in c. Præterea, de di. la. Non sic Prætores Ergo, &c. Respondetur: idem in Prætoribus obseruari: semper enim caussam exprimunt.

Decimò: Prætores poterant contra ius pronuntiare, l. Ius autem ciuile, §. Ius Prætorium de Iust. & iur. secùs in alijs Iudicibus; quia propter æquitatem non possunt a Iure recedere, l. 1. C. de legibus. Respondetur; id procedere, quando æquitas non apparet; secùs si appareat, l. Placuit. C. de Iud. l. in omnibus, de reg. iur. Pro resolutione hæc est com. quæ etiam consuetudine seruatur, vt teste Bolog. num. 36. & 37. quod æquiparent.

Ego autem pro resolutione sic dico: dum quæritur, an Prætores antiqui & nostri æquiparentur? dicendum est absolutè & generaliter, non æquiparari: quia ius Prætorium est par iuris communis. At Prætores nostri non faciunt ius commune: sed ius particulare in loco, in quo ius dicunt. Respectu autem loci, in quo ius dicunt, an sit vera hæc æquiparatio? Est dicendum, esse bonam & verissimam æquiparationem: quia Prætoris authoritas consistebat in tribus: in adiuuando iure ciuili, in supplendo, & in corrigendo ex caussa publicæ vtilitatis, l. Ius autem ciuile, §. Ius Prætorium, de Iust. & Iur.

Primo, Prætores nostri possunt adiuuare ius ciuile & illud exequi: imò tenentur, Inst. de off. iud. Secundò, Possunt ex arbitrio supplere in omissis a iure communi l. 1. de Iure delib. Tertiò possunt ius corrigere per viam edicti generalis, seruandi in loco subiecto eorum iurisdictioni: quia habent talia edicta vim legis per posterius, si approbentur à Populo: vel per prius, si Princeps iusserit ea fieri. Per viam autem decreti Particularis recedere non potest à iure scripto, l. 1. de Ferijs. Nisi æquitas illud suadeat, quæ sit certa, l. in omnibus, de reg. iur. l. Placuit, C. de Iud. sin autem sit incerta; secus, l. 1. C. de legibus. Item secùs, si verba legis sint præcisa, l. Prospexit, ff. qui & à quibus. Et hoc non posset etiam Prætor facere, l. Non est ambigendum, §. vbicunque de bon. poss.

CAPVT XXXI.

De legitimatione personarum in petenda bonorum possessione.

NOtant omnes in rub. C. qui admitti, in omni iudicio, quamuis summario, necessariam esse legitimatione personarum: idque confirmant ex nota. per glo. in l. 1. C. de edi. diu. Adr. ex l. Bonorum, C. qui admitti, ex l. 1. § si ea, de ventre in poss. mitt. ex l. si quæramus, ff. de testam. & ex cap. 1. de accu.

Iason difficultatem excitauit aduersus hanc conclusionem ex l. seruus, ff. de bono. poss. vbi seruus potest petere bonorum possessionem, licet in iudicio esse non possit, l. seruus, ff. de iudi. & ex l. 1. C. eod. tit. qui admitti; vbi filiusfamilias potest petere bonorum possessionem, qui tamen in iudicio stare non potest, l. vlt. §. Necessitate, C. de bon. quæ liber. Respondet Deci. hoc esse iudicium extraordinarium in quo duę tantùm personę interueniunt, iudex, & is, qui petit bonorum possessionem: quia non continet alterius pręiudicium nec agnatio. Et ideò nec partis citatio necessaria est, gl. in l. 3. §. si caussa cognita, ff. de bono. possess. Iudicium verò ordinarium requirit tres personas, cap. Forus, de verb. sig.

Et hæc est communis solutio, vt testatur Rim iun. numer. 112. Quam ibi Rim. iun. impugnat, eò quod Doctores volunt etiam in hoc iudicio extraordinario legitimandas esse personas. Et adducit text. in clem. sępe, de verb. sig. vbi personę sunt legitimandę etiam, vbi caussa committitur sine strepitu, & figura iudicij.

Responderi tamen potest: communem hanc solutionem esse verissimam. Quia hoc iudicium est extraordinarium, in quo nemini fit pręiudicium, nec in eo interueniunt tres personę, sed iudex tantum, & is, qui agnoscis bonorum possessionem, qui post agnitionem factam, in præsentia iudicis, potest postea intentare bonorum possessoriam hęreditatis peti.

petitionem, leg. 1. & 2. ff. de bono. poſseſs. hæred. pet.

Meritò non requirit tantam perſonarum legitimationem. Nam, & abſenti, & non petenti dari bonorum poſſeſſio poteſt, l. ſeruus, de bono. poſſeſſ. l. 3. §. acquirere, eod. tit. Simile videmus in reſcripto ad agendum, quod etiam ſeruus impetrare poteſt, l. Vniuerſis, C. de precib. Imp. off. tota deciſ. 6. Tit. de iud. in nouiſ.

Cæterùm, ſi contradictor interueniret, non puto ſeruum & filium fam. admitti poſſe. Tunc enim eſt iudicium ordinarium: & hæc eſt communis ſententia Doctorum, vt teſtatur Decius in leg. 1. Codice qui admitti in 3. ſect. numero 62. & idem Riminald. iun. numero 322.

CAPVT XXXII.

Vtrùm is, qui agnouit bonorum poſſeſſionem, teneatur probare, ſe agnouiſſe illam in tempore conſtituto?

COmmunis eſt ſententia Doctor. in rub. Cod. qui adm. eum, qui bonorum poſſeſſionem agnouit, probare oportere, ſe intra legitimum tempus agnouiſſe, Decius ibidem nu. 37. Cagnolus numer. 58. Bolog. nume. 46. Mantica de coniect. lib. 12. cap. 15. num. 19.

Primum argumentum eſt: quia fundans ſuam intentionem in tempore, debet probare tempus, glo. in l. eum actum, ff. de neg. geſt. Bar. in l. Non ſolum, num. 5. de oper. nou. nunt. Reſpondet Riminald. Iun. nume. 137. & Menoch. de præſump. lib. 4. præſ. 104. num. 11. regulam non habere locum in eo, qui habet iuris præſumptionem pro ſe: Hæc enim dicitur liquidiſſima probatio, leg. licet Imperator, de leg. primo. At iſte videtur habere pro ſe præſumptionem iuris ex regul. l. Quoties, de reb. dub. quod ſcilicet, in dubio illa interpretatio eſt facienda, vt actus valeat.

Secundum argumentum ſumitur ex §. commodum, inſt. de interdict. vbi ponitur regula præſumi pro poſſeſſore. Ergo is, qui agit contra poſſeſſorem tenetur probare. Agit autem is, qui agnouit bonorum poſſeſſionem. Reſpondet Rimin. Iun. nu. 143. ſatis probare ex iuris præſumptione, quod debito tempore agnouerit, vt actus valeat.

Tertium argumentum ſumitur ex l. vlt. Cod. qui adm. vbi dicitur: ſufficere in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, quòd in præſentia iudicis quis declaret ſe velle eam agnoſcere intra tempora à legibus conſtituta.

Reſpondent Rimin. Iun. num. 148. & Menoch. vbi ſupra, hoc probari in illa lege, quòd agnitio ſit facienda in tempore debito: ſed dicimus, præſumi factam in tempore, vt valeat.

Quartum argumentum eſt, ex §. vlt. inſt. de bon. poſſeſſ. vbi textus requirere videtur, vt bonorum poſſeſſor oſtendat, ſe agnouiſſe intra tempus legitimum. Reſpondet Rim. Iun. vbi ſupra, præſumi agnouiſſe intra dictum tempus.

Quintum argumentum eſt ex cap. Romana, §. ſi vero de appell. in ſexto. vbi notat dominum appellantem probare debere ſe appellaſſe intra decem dies. Reſpondet Rim. Iun. nume. 150. iſtud eſſe in appellante neceſſarium: quia habet contra ſe iuris præſumptionem impugnando ſententiam, pro qua lex præſumit, l. Herennius, §. Caia ff. de euictio. Reſpondet etiam Menoch. vbi ſupra num. 14. iſtud euenire: quia iudex, à quo non requirat ab appellante, an intra decem dies appellauerit: quia hæc cognitio ſpectat ad iudicem ad quem appellauit. At iudex, coram

A quo agnitio fit bonorum poſſeſſionis, non admittit illam, niſi intra tempus facta ſit. Cùm itaque admiſſa reperitur, præſumitur facta debito tempore.

Sextum argumentum eſt: quia quilibet tenetur probare id, quod eſt neceſſarium ad legitimationem ſuæ perſonæ, vt V. G. Tutor non poteſt adminiſtrare, niſi confecto prius inuentario, l. vlt. §. vlt. C. arbit. Tut. ſi negetur eum feciſſe inuentarium, tenetur id probare, vt notat Iaſ. in l. in illa, nu. 15. de verb. obl. Reſponderi poteſt; ſatis probare, quod intra tempus agnouerit, cum agnitio præſumatur de iure valida ex regu. l. quoties, ff. de reb. dub.

Contrariam ſententiam amplexi fuere Iaſ. in d. rub. num. 7. Rimin. Iun. numero 125. & Menoch. de præſ. 104.

Primum argumentum eſt Iaſonis. Aut loquimur ſecundum tempora antiqua, quibus decretum iudicis requirebatur in agnoſcenda bonorum poſſeſſione: B & tunc, ſi agnitio fieret cum decreto, præſumitur ſolenniter facta: quia vbi iudicis decretum interuenit, omnia præſumuntur ſolenniter acta, Specul. Tit. de empt. & vendit. §. Nunc dicendum eſt. verſ. breuiter ſcias cuius ſententia eſt comm. vt per Menoch. vbi ſup. Aut ſecundum noua tempora, quibus decretum non requiritur, l. vlt. infra Tit. noſtro. Et tunc, aut is qui agnouit, eſt in poſſeſſione, & non tenetur probare: quia poſſeſſio releuat ab onere probandi, §. commodum, inſt. de interd. Aut aduerſarius poſſidet: & tunc cum ipſe excipiat non eſſe agnitam in tempore, debet probare. Nam, qui fundat ſuam exceptionem in tempore, debet tempus probare, Bald. in l. 2. numero 5. C. de petit. hæred. Reſpondetur: imò, actorem eſſe, qui fundat ſuam intentionem in agnitione: &, quia requiritur, vt ſit facta in tempore, debet ipſe actor illud probare. Nam vbi factum requiritur cum C aliqua qualitate, non ſufficit probare factum, niſi probetur etiam qualitas, l. penul. de cætero, ff. ne quis eum qui in ius.

Secundum pro hac ſententia adducit Iaſ. l. Non hoc, vnde legit. vbi ſufficit agnitionem eſſe factam: & textus non requirit, quod probetur facta in tempore. Reſpondeo, licet nihil dicatur ibi de tempore tamen non negat textus, quin oporteat probare factam eſſe agnitionem in tempore. Hoc autem requiritur per alias leges, vt ſit facta in tempore, leg. fin. ff. quis ordo in bon. poſſ. §. fin. inſt. de bon. poſſ. l. fin. infrà titul. noſtro.

Tertium, Rimin. Iun. adducit textum in l. 4. C. de in integ. reſt. min. vbi dicitur: minorem, qui petit ſe in integrum reſtitui, non teneri probare, quòd quadriennium nondum fuerit lapſum ex eo die, quo factus fuit maior. Reſpondeo, iſtud ibi eſſe: quia iam erat actio in eſſe deducta. Tunc enim is, qui dicit actionem eſſe ſublatam temporis lapſu, debet D hoc probare: ſed in caſu noſtro actio nondum erat in eſſe producta, quia requiritur agnitio & debet eſſe facta in tempore. Quod vltimum non conſtat: ideò probari debet.

Quartum, idem Rimin. Iun. adducit regulam l. quoties, de reb. dub. Reſpondeo: non habere locum in præiudicium tertij, l. 3. §. ſi quis inſulam, ff. de eo quod certo loco & ibi Fulgoſ. Decius in c. ſuper eo il. 2. numer. 6. de appell. Item reſpondeo: non ſufficere actori præſumptionem, quando lex requirit probationem in modum conditionis, l. Lucius, de cond. & dem. Lex autem requirit probationem in modum conditionis: quia vult, vt agnitio valeat, ſi modò probetur facta intra legitimum tempus, l. vlt. infra tit. noſtro §. vlt. inſt. de bon. poſſeſſ.

Quintum idem Rimin. iun. adducit l. ab ea parte, de probatio. vbi is, qui dicit emancipationem non rectè factam, id probare debet. Ergo ſimili modo

is,

is, qui dicit agnitionem non rectè factam, & in tempore probare debet. Respondeo, illud ibi esse: quia emancipatus erat in quasi possessione emancipationis. At iste, qui agnouit, non est in possessione bonorum: sed agit, vt bona consequatur: meritò debet probare suam agnitionem rectè factam.

Sextum adducit Menoch. quia tempus petendi bonorum possessionem non currit ignoranti, l. 2. infra qui adm. Ignorantia autem facti præsumitur, l. Verius, de probat. Ergo is, qui dicit se agnouisse bonorum possessionem in tempore, non debet probare: quia præsumitur ignorasse, quod sibi delata fuerit hæreditas, & bonorum possessio. Respondeo: non præsumi ignorantiam in consanguineo mortis consanguinei: & consequenter, delatæ bonorum possessionis, leg. Octaui, ff. vnde cognati.

Septimum idem Menoch. adducit: quia agnitio bonorum possessionis fit in præsentia iudicis, l. fin. infrà Tit. nostro. Vbi autem interuenit iudicis præsentia, omnia præsumuntur solenniter acta, l. a. C. de off. ci. iudic. Respondeo: id procedere, quando iudicis decretum interuenit cum caussæ cognitione; aliàs secùs, Specul. Tit. de empt. & vend. §. Nunc dicendum est, in fin. Castrens. cons. 38. super eo, lib. 2. Hic autem non interuenit iudicis decretum, nec caussæ cognitio: quia sufficit agnitionem fieri in præsentia iudicis. Ergo non est locus dictæ præsumptioni.

Ego puto communem sententiam veriorem esse. Primò: nam, quod quis agnouerit in tempore bonorum possessionem, est quid facti: facta verò non sunt præsumenda: sed probanda. Secundò: quia hæc est solennitas extrinseca: non autem intrinseca; quod scilicet, intra tempus constitutum agnoscatur bonorum possessio. solennitas verò extrinseca non præsumitur: sed probari debet, l. quæcunque, §. vlt. ff. de publ. notant Bar. & omnes in l. sciendum. de verb. obl. Tertiò moueor ex §. vlt. Inst. de bon. poss. ibi: *Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tempora) ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.* Ex quibus verbis apparet, vt quis beneficium habere possit bonorum possessionis, ostendere debere, se intra tempora constituta eam agnouisse.

Omnis difficultas consistit in duobus: primò, quòd videtur esse præsumendum pro iudice, sed istud nihil est: quia istud procederet, si iudex adhiberet caussæ cognitionem, & pars esset citata, vt bene declarat Cagnol. in hac rub. n. 65. & Alciat. in d. l. sciendum, de verb. oblig. At in agnoscenda bonorum possessione, nulla caussæ cognitio interuenit, nec partis citatio, gl. vlt. & Bart. in l. 3. §. si caussa cognita, ff. de bon. poss. ergo cessat ista præsumptio. Alterum est, quod in dubio præsumendum est pro validitate actus, l. quoties, de reb. dub. Respondeo, hanc regulam non esse ita absolutè intelligendam, prout verba sonant: quia si generaliter intelligeretur, & absolutè nunquam opus esset, demonstrare solennitates necessarias interuenisse: semper enim allegari posset, interpretationem esse faciendam pro validitate actus.

Dico igitur illam regulam intelligendam esse in dubio, (prout loquuntur leges.) Itaque, si dubium esset, an agnitio facta esset in tempore, vel non: quia scilicet, probationes essent obscuræ, vel hinc inde pares, in dubio pronunciandum esset: validam esse agnitionem, & actum valere. Sed non propterea infertur, quod sufficiat allegare, actum fuisse factum legitimo tempore, & legitimo modo: nuda enim hæc allegatio non est sufficiens, sed requiritur probatio, vbi agitur de solennitate extrinseca, vt dixi.

A

CAPVT XXXIII.

Vtrum bonorum possessio sit ius quo vel propter quod.

BOnorum possessio est ius persequendi patrimonij, l. 3. §. bonorum, ff. de bon. pos. glossa exponit ius propter quod, non autem ius quo, sequitur Bart. in l. 1. num. 6. C. qui adm. Et ista est communis teste Iasone in rub. num. 9. teste Decio num. 46. & Cagn. num. 80.

Fundamentum est: quia is, qui agnouit bonorum possessionem, habet actionem, quæ vocatur possessoria hæreditatis petitio, l. 2. ff. de bon. poss. hær. petit. per quā bona immediatè persequitur: ideoque bonorum pos-

B sessio est caussa propter quam habemus actionem, qua immediatè bona persequimur: non autem ipsa bonorum possessio immediatè bona persequitur: sed parit actionem, (ut dixi) per quam persequi valemus bona: propterea dicitur ius, propter quod persequimur patrimonium, non autem, ius, quo immediatè persequimur.

Respondet Decius, per possessoriam hæreditatis petitionem nos persequi res particulares. At per bonorum possessionem nos persequi patrimonium in genere, & consequenter, possessoria hæreditatis petitio non est ius, quo persequimur patrimonium. Malè, quia bonorum possessoria hæreditatis petitio datur ad instar petitionis hæreditatis, lege 2. ff. de bon. poss. hæred. petit. Petitio autem hæreditatis non persequitur res particulares; sed persequitur hæreditatem, licet restitutio rerum particularium fiat ex officio iudicis, vt declarat Bartol. in lege licet, ff. de petitio. hæredit.

C Deinde respondet idem Decius; possessoriam hæreditatis petitionem esse quādam executionem iuris, quod tribuit bonorum possessio agnita, & ideò effectum attribuendum esse primæ caussæ, l. item eorum, §. Si decuriones, ff. quod cuiusque vniuer. nom. notat Bar. in l. Vnum ex familia, § si de Falcidia, de leg. 2.

Contrariam sententiam habuit Decius in rub. num. 50. Bolog. num. 59. Cagnol. num. 80. Alc. lib. 4. paradox. cap. 2.

Primò Decius mouetur; quia in alijs definitionibus istud verbum ius intelligitur quo; non autem propter quod, ut in definitione vsusfructus, obligationis, & actionis. Ergo videtur etiam in definitione bonorum possessionis eodem modo accipiendum, vt sit ius quo; non autem propter quod. Respondet Riminald. iun. numero 185. quicquid sit in alijs definitionibus; non posse ita accipi in definitione bono-

D rum possessionis, quia alias non conuerteretur cum suo definito, & consequenter, non esset bona definitio, leg. 1. §. Dolum & ibi Bartol. de dolo. Quod autem non conuerteretur patet; quia, si quis ita dicat, est ius, quo prosequimur patrimonium. Ergo est bonorum possessio. Non valet consequentia, quia tale ius, quo prosequimur patrimonium, non est bonorum possessio, sed est possessoria hæreditatis petitio. Per illā enim persequimur patrimonium, non per bonorum possessionem.

Secundò mouetur idem Decius, quia dicitur in definitione, bonorum possessio est ius persequendi, retinendique patrimonij. Certum est, illud verbum retinendi esse intelligendum quo retinemus, qui enim adeptus est possessionem, statim habet ius retinendi, & nulla indiget actione pro retentione, §. æque, instit. de actio. Ergo similiter illud verbum persequendi debet intelligi quo persequimur, quia vna, & eadem determinatio respiciens plura deter-

mina-

mirabilia, debet æqualiter determinare, lege iam hoc iure, ff. de vulg. Respondet Riminald. iun. numero 189. bonorum possessionem dici non posse ius quo, etiam respectu verbi retinendi, quemadmodum nec respectu verbi persequendo: quia, sicut respectu verbi persequendi non est ius quo: quia habemus actionem, qua persequimur; ita etiam nec respectu verbi retinendi: quia habemus exceptionem qua retinemus. Cui enim damus actionem, multò magis exceptionem, lege inuitus. §. cui damus, de reg. iuris.

Addo ego, non esse inconueniens, vt vnum verbum à lege prolatum, respectu vnius intelligatur propriè: respectu alterius impropriè. Et sic non est inconueniens dicere, quòd bonorum possessio sit ius persequendi, id est, ius propter quod, & ius retinendi, id est, ius quo, glos. in lege 2. in ver. Maoumitti, de offic. proconi.

Tertiò mouetur Decius: quia is, cui datur bonorum possessio edictalis, habet ex ea immediatè ius persequendi patrimonij. Ergo eodem modo intelligi debent alia verba definitionis: quia vna, & eadem res non debet diuerso iure censeri, l. eum qui ædes, de vsucap. Respondet Rimin. vbi suprà, non habere ius immediatè persequendi: sed mediante bonorum possessoria hæreditatis petitione.

Quartò Decius mouetur: quia Bartol. in lege tertia, § bonorum, ff. de bonorum possessione dicebat: bonorum possessio est ius persequendi, idest, petendi confirmationem, vt per decretum iudicis confirmetur, vel agnoscatur in præsentia iudicis. Et omnes damnant Bartolum: quia secundum eius expositionem, Bonorum possessio definiretur per effectus. Non debet autem definitio tradi per effectus rei definitæ: sed per essentiam, & substantiam rei, secundum eundem Bartol. in lege prima, ff. de appell. Si Bartoli opinio non est vera, ob dictam caussam; non videtur etiam admittenda hæc expositio glossæ, quòd bonorum possessio sit ius, propter quod persequimur: quia traderetur definitio per effectum magis remotum, quàm sit confirmatio. Est enim effectus magis remotus à bonorum possessione istud ius persequendi per possessoriam hæreditatis petitionem, quam ius petendi à iudice confirmationem ipsius bonorum possessionis. Respondet Rim. iun. numero 191. quicquid sit de iure petendi confirmationem secundum opinionem Bartoli, & de consideratione illa, quòd sit effectus minus remotus à bonorum possessione, quàm ius persequendi: apparet bonorum possessionem non esse ius persequendi quo, sed propter quod: quia ius persequendi fluit à possessoria bonorum possessione: non autem à bonorum possessione immediatè.

Quintò mouetur Decius: quia bonorum possessio est ius persequendi patrimonij; & sic ius vniuersale, leg. Cogi, ff. ad Trebell. sed possessoria hæreditatis petitione persequimur res particulares. Ergo non potest dici, bonorum possessio est ius, propter quod persequimur patrimonium. Respondet Rim. iun. vbi suprà, falsum esse, quòd possessoria hæreditatis petitio persequatur res particulares. Nam possessoria hæreditatis petitio idem persequitur, quod hæreditatis petitio, quæ ciuilis est, l. 2. ff. de poss. hæred. pet. Hæreditatis autem petitio, quæ ciuilis est, persequitur hæreditatem, non autem res particulares, licet res particulares restitui debeant ex officio iudicis, l. licet, & ibi notat Bart. de petit. hæred.

Sextò idem Decius mouetur, quia etiam per hæreditatem habemus actionem ciuilem, quæ vocatur petitio hæreditatis, & tamen non dicimus hæreditatem esse ius propter quod succedimus: sed dicimus esse successionem in ius defuncti, l. Hæreditas, de reg. iur. Respondet idem Rim. iun. vbi suprà. Nihil impedire, quominùs etiam hæreditas possit dici ius propter quod: quia datur actio, quæ dicitur petitio hæreditatis, qua immediatè illam consequimur: & sic hæreditas est ius, propter quod succedimus in ius defuncti.

In hac quæstione ego concludo contra communem, videlicet bonorum possessionem esse ius, quo, non autem propter quod, his rationibus & argumentis.

Primò. Bonorum possessio agnita continet in se iura, & commoda, & etiam dominium rerum defuncti, l. 1. de bon. poss. Ergo nihil aliud est, quàm ius persequendi patrimonij defuncti. Ius (inquam) immediatum non mediatum, sicut obligatio est iuris vinculum, quo astringimur, licet actio sit necessaria, vt quis cogatur soluere, §. 1. instit. de oblig.

II. Quia possessoria hæreditatis petitio non est ius persequendi patrimonij: sed est ius, quo persequimur, vt habetur in l. 2. de possess. hæred. pet. cum enim quis est factus bonorum possessor, habet ius persequendi, l. 1. de bonor. possess. illud ius est bonorum possessio: ipsa verò actualis persecutio est actio, quæ vocatur possessoria hæreditatis petitio. Non obstat, si dicatur: imò possessoria hæreditatis petitio est ius persequendi, §. 1. instit. de actio. Quoniam hic aduertendum est, in definitione, actionis ius accipi pro iure ciuili, vel prætorio, vt exponit ibi glos. in vers. ius. At, cum dicimus: bonorum possessio est ius persequendi, intelligimus ius in alia significatione, videlicet; pro iure nostro. Sicut, cum dicimus: ius meum, ius tuum, ius nostrum.

III. Quia possessoria hæreditatis petitio non est ius persequendi, & retinendi; quia non datur actio possidenti ad retinendum, §. quæ instit. de actio. Ergo non est conueniens hæc definitio possessoriæ hæreditatis petitioni.

IV. Caussa instrumentalis non attenditur: sed principalis; licet sit remota, quando caussa instrumentalis sine ea operari non potest, vt si percussiore baculo: non consideratur baculus, sed manus; licet sit caussa remota, Bald. in l. Non eo minus, num. 3. Codice de accusat. Ergo non debet attendi actio, quæ est instrumentum persequendi bona, sed bonorum possessio, per quam ius persequendi habemus.

V. Quia id, quod est caussa caussæ, est etiam caussa caussati, l. Manumissiones, de iustit. & iure. Sed bonorum possessio est caussa, vt detur possessoria hæreditatis petitio, quæ est ius persequendi. Ergo est caussa ipsius iuris persequendi.

VI. Quia effectus attribuitur primæ caussæ, Bart. in l. vnum ex familia, § si de Falcidia, de leg. secundo, lege item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniu. nos. Sed bonorum possessio est prima caussa. Ergo illi effectus est attribuendus.

CAPVT XXXIV.

Vtrùm reperiatur aliqua bonorum possessio ciuilis?

NVllam reperiri bonorum possessionem ciuilem, sed omnes esse prætorias, sensit glos. in rub. C. qui adm. Azo. ibid. in summa, Bald. q. 9. Zuccat. num. 62. Dec. in 2. lect. num. 26. Ias. in vlt. col. Cagn. dicens com. nu. 90.

Primum argumentum sumitur ex §. septima, inst. de bon. poss. vbi septima bonorum possessio, quæ dicitur

ex legibus, à prætore, fuit inuenta. Nulla verò alia est A
bonorum possessio, de qua dubitari possit, an sit ciuilis hac excepta. Cum igitur ista sit prætoria, sequitur nullam esse ciuilem. Respondet Decius sub num. 68. illum textum loqui de septima bonorum possessione extraordinaria, quam generaliter Prætor introduxit, adiuuandi iuris ciuilis gratia: vt scilicet, edicto suo, comprehenderet omnes casus, in quibus iure ciuili bonorum possessio datur, confirmando in hac parte ius ciuile: sed quando lex in casu speciali defert bonorum possessionem, illa erit ciuilis: non autem prætoria.

Secundum argum. sumitur ex l. vnica, ff. vt ex legibus ibi: *vti me dare oportebit bonorum possessionem ex lege vel S.C. ita dabo.* Est igitur prætor is, qui dat bonorum possessionem. Ergo est prætoria. Respondet Dec. sub. num. 68. Prætorem hoc facere adiuuando, & confirmando ius ciuile: sed non propterea inferri potest, bonorum possessionem esse prætoriam. Id patet, arg. l. B
1. ff. si pars hæred. pet. vbi prætor dixit actionem dabo: & tamen actio est ciuilis, vt ibi notat gl. quia Prætor confirmat in hac parte ius ciuile.

Tertium argum. sumitur ex rub. ff. vt ex legibus. Est enim ille titulus positus inter successiones prætorias. Ergo illa bonorum possessio videtur esse prætoria, arg. l. Imperator, ff. de in diem addict. Respondet Dec. n. 69. in claris non esse opus coniecturis, l. continuus, §. cum ita, de verb. oblig. Sed hæc est bonorum possessio ciuilis, vt infrà probabitur; ergo frustra recurritur ad coniecturas.

Quartum argumentum est, quia si daretur bonorum possessio ciuilis sequeretur: quod definitio bonorum possessionis, de qua in l. 3. §. bonorum, de bonor. poss. conueniret etiam hæreditati. Nam in omnibus conueniti, excepto eo, quod bonorum possessio est prætoria: hæreditas autem, est Ciuilis. Respondet Dec. C
numero 69. non propterea esse eandem definitionem hæreditatis, & bonorum possessionis, licet supponeremus dari bonorum possessionem ciuilem: quia hæreditas est successio, l. hæreditas, de verb. sign. At bonorum possessio est ius succedendi, l. 3. §. bonorum, de bon. poss. quia hæreditas solo animo aditur, l. pro hærede, de acq. hær. at bonorum possessio non potest solo animo agnosci: quia requiritur præsentia iudicis, l. fin. C. qui adm. & hoc est, quod dicebat Bart. in d. l. 3. §. bonorum, dum dicebat bonorum possessionem esse ius persequendi, quia taliter bonorum possessor non statim efficitur dominus: sed necesse est, vt agnoscat bonorum possessionem in præsentia iudicis: & sic est ius persequendi; non autem ipsa successio in ius, sicut est hæreditas [illegible]

Quintum argumentum est: quia, si daretur ciuilis bonorum possessio, esset perpetua, sicut sunt aliæ actiones ciuiles, vt instit. de perpet. & temp. act. Respondet Deci. nume. 73. id non sequi: quia lex præsumitur D
voluisse, vt bonorum possessio daretur secundum suam naturam, arg. l. si quando, C. de inoff. testam. Secundò respondet etiam de iure Ciuili requiriti actiones, quæ non sunt perpetuę, vt notat glos. inst. de perpet. & temp. act. in ver. constitutionibus.

Sextum argumentum est: quia, si daretur ciuilis bonorum possessio, talis bonorum possessor esset hęres; non autem bonorum possessor, quia per legem fiunt hæredes: non autem bonorum possessores, §. quos autem, inst. de bon. possess. Responderi potest, quod talis bonorum possessio Ciuilis esset quidem: sed tamen seruaret naturam suam, quæ est tribuendi iura vtilia: non autem directa, & ideo esset bonorum possessor: non autem hæres.

Septimum adfertur ex tex. in §. 1. inst. de bon. poss. vbi indefinitè loquitur Imperator, de bonorum possessionibus, quas dicit inuentas à iure prætorio. Ergo omnes sunt prætoriæ: quia indefinita æquipollet vniuersali, l. si pluribus, de leg. 1. Respondetur, excipiendas esse bonorum possessiones, quæ dantur ex legibus, lege vnica, ff. vt ex legibus.

Octauum, adfertur tex. in l. sed cum patrono, §. vltim. de bonor. possess. vbi dicitur: prætorem dare bonorum possessionem legum tuendarum caussa. Respondeo, loqui de ijs casibus, in quibus prætor dat bonorum possessionem hæredibus vocatis à iure Ciuili: sed reperitur etiam aliqua bonorum possessio, quam ius Ciuile induxit, & creauit, de qua loquitur. tit. vt ex legibus.

Nonum, si daretur bonorum possessio Ciuilis, serui non possent eam agnoscere: quia iure Ciuili seruus pro mortuo habetur, l. quod attinet, de reg. iur. At seruus potest agnoscere bonorum possessionem, l. seruus, de bon. poss. ergo non potest dari Ciuilis bonorum possessio. Respondeo, quod ius Ciuile inducit bonorum possessionem secundum suam naturam, vt agnosci possit, & peti etiam à seruo, sicut alias sup. responsum est ad 5. & 6. argumentum.

Contrariam sententiam amplexi sunt Bar. in l. 3. numero secundo de bonor poss. Alex. in rub. C. qui adm. numero quarto Dec. in 3. lect. numero 61. Rim. iun. numero 17.

Primum argumentum est ex rub. & l. vnica, ff. vt ex legib. inducendo primò rub. sic; Rubrica habens orationem perfectam attenditur, & ex ea sumptum argumentum valet, DD. in l. 1. vbi Dec. nu. 8. ff. si cert. pet. Verum illa rubrica orationem habet perfectam, vt patet. Ergo ex ea sumptum argumentum valet; & consequenter, ex illa probatur bonorum possessionem ex legibus, & Senatusconsult. dari, consequenter datur bonorum possessio Ciuilis. Secundò inducendo verba textus dum ait; *Ex legibus, & Senatusconsultis bonorum possessionem dari.* Illa dictio Ex, denotat caussam immediatam, l. eo tempore, §. vltimo, de pecul. ergo ista bonorum possessio immediatè prouenit à lege, consequenter ciuilis est; non prætoria. Respondet Bulgar. legem hac in re vti remedio prætoris; & sic, licet detur à lege, est tamen prætoria. Sicut uidemus, Prætorem iussu Senatusconsulti Trebelliani dare actiones in eum, cui restituta est hæreditas ex fideicommisso, §. restituta, instit. de fideicommiss. hæred. & huiusmodi actiones sunt nihilominus prætoriæ; non autem ciuiles. Replicat Decius numero 64. primò negando, leges vti remedio Prætorio, cum nihil proponatur, cur leges ipsi non possint bonorum possessionem dare, l. Posthumus, ff. de iniusto. rupt. l. 1. ff. vnde cogn. & ad exemplum allatum de Senatusconsulto Trebelliano respondet: Prætorem actiones dare ex suo officio, non autem ex mandato Senatusconsulti: quia Senatusconsultum per se sine facto illo prætoris transtulit actiones in eum, cui hæreditas fuit restituta, l. 1. ff. ad Trebellian. Secundò respondet: dato, quod lex vteretur in hoc remedio prætoris: tamen prætor esset in hac re minister, lex autem caussa principalis: & effectus esset attribuendus primæ caussæ, l. item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniu. nom. Respondet igitur secundo loco Cagnol. numero 93. licet prætor det bonorum possessionem auctoritate, & iussu legis: non tamen dici ciuilem, sed prætoriam: quia, vbi Magistratus aliquid facit iussu, & auctoritate legis, actus attribuitur Magistratui: non autem legi, l. 1. ff. quis, & à quo.

Alterum argumentum, pro eadem sententia adducitur text. in l. 2. §. fin. & l. 3. ff. vnde legit. & ex quibus colligitur hoc argumentum: Bonorum possessio ex capite vnde legitimi, tunc datur, cum aliquis est vocatus à iure Ciuili, d. l. 2. §. fin. sed bonorum possessio

possessio ex capite unde legitimi, datur etiam ei, qui est vocatus ad bonorum possessionem ex capite, vt ex legibus. Ergo bonorum possessio, vt ex legibus est ciuilis. Respondebat Bulgarus, bonorum possessionem vt ex legibus, non concurrere cum bonorum possessione vnde legitimi, quando sola datur ita, quòd hæreditas iure Ciuili non deferatur, ponderando illa verba: *Cum vero etiam bonorum possessionem dari iubet*, quasi dicat, non solum hæreditatem: sed etiam bonorum possessionem. Replicat Decius numero sexagesimo septimo, & sexagesimooctauo, sensum illorum verborum esse: quod detur bonorum possessio ex capite vnde legitimi, quando datur bonorum possessio vt ex legibus sola absque hæreditate: quia versic. cum vero, aduersatur præcedenti, quo Iurisconsultus dixit: bonorum possessionem vnde legitimi ei competere, cum lex hæreditatem solam, & non bonorum possessionem defert. Vnde sequens versiculus loquitor è contrario, quando lex defert solam bonorum possessionem absq; hæreditate, & ratio potest adferri: quia, vbi adest ordinarium remedium petitionis hæreditatis à lege inductum, non est opus induci per legem extraordinarium remedium bonorum possessionis, vt notat Castrens. in lege posthumus, ff. de iniust. rupt. & irr. & est regula generalis: *Vbi adest remedium ordinarium, cessat extraordinarium*. lege in caussa. la secunda, de minor. Respon. Cagn. numero 93. licet bonorum possessio vnde legitimi competat eis, qui iure Ciuili sunt vocati, & simul etiam eis, qui vocati sunt ad bonorum possessionem, vt ex legibus: non tamen inferri posse, quod bonorum possessio vt ex legibus sit prætoria. Nam, cum à prætore detur, lege ita mandante, actus ipsi prætori erit attribuendus: non autem legi id mandanti.

Pro resolutione puto concludendum: nullam reperiri bonorum possessionem, nisi prætoriam. Et pro hac sententia adduco communem, & verissimam conclusionem: quod, vbi Princeps aliquid iubet Magistratui, qui potest facere illud ex sua iurisdictione; tunc non efficitur delegatus, sed remanet ordinarius. Dicitur enim Princeps excitare iurisdictionem suam; non autem eum delegatum facere, §. & vero iubemus, in authen. vt nulli iudicum. Bart. in l. more sub numero quinto & sexto de iurisd. omn. iud. At prætor potest ex sua iurisdictione dare bonorum possessionem, vt patet. Igitur, si iubeat ei lex, ut eam det, dicitur excitare suam iurisdictionem: & sic facit nomine proprio; non autem taoquam delegatus.

Non obstat, si dicatur: fieri posse, ut lex mandet bonorum possessionem dari ei, qui alias non est uocatus ex edicto Prætoris, nec à iure Ciuili, ut in exemplo Iasonis cum lege vltim. ff. vnde legit. & Belloni lib. 1. suppul. cap. 15. quando scilicet defert lex hæreditatem cognatis in 12. gradu, uel Doctor de collegio hæreditatem defert Doctori seniori eiusdem collegij: quod non faceret prætor. Quia respondeo, istud fieri posse etiam à Prætore, sicut idem Prætor dat bonorum possessionem cognatis, & uiro, & vxori, qui non sunt uocati a iure Ciuili. Nec ista esset extensio, vt putat Rimin. iun. sed esset prouisio prætoria pendens ex generali ipsius iurisdictione, ac potestate.

A

CAPVT XXXV.

Vtrum is, qui intentauit possessoriam hæreditatis petitionem, videatur eo ipso bonorum possessionem agnoscere?

Scripsi hac de re libro sexto, cap. quinquagesimooctauo, sed iuuat repetere, quæ publicè docendo cogitaui: solent enim posteriores cogitationes meliores esse, nec difficile est inuentis addere. Communis sententia est, uideri agnoscere, Alex. in rub. Cod. qui adm. num. 2. Deci. in 3. lect. numero septuagesimoquarto, Cagnol. nu. 100. Mantica, de coniect. lib. 12. cap. 15.

B

Primum argumentum est. Qui vult consequens, vult omne necessarium antecedens, lege ad legatum, lege ad rem mobilem, ff. de procur. lege secunda, de iurisd. omn. iud. Sed intentans possessoriam hæreditatis petitionem vult consequi bona. Ergo uidetur agnoscere bonorum possessionem, tanquam necessarium antecedens. Respondet Rimin. iunior numero 259. & post eum Menoch. libro quarto, præsumpt. 103. numero quarto, Regulam illam: *Qui vult consequens, vult & antecedens*, non habere locum, quando aliquid requirit specificam expressionem, tex. est, & ibi Iason. numer. . . in l. ultim. Cod. de hæred. institut. tunc enim necessario debet exprimi: nec sufficit, quod ueniat, tanquam necessarium antecedens.

At in proposito nostro requiritur specifica expressio in agnoscenda bonorum possessione, l. fin. C. qui adm. §. fin. instit. de bon. possess. ergo non habet locum regula: *Qui vult consequens, vult omne necessarium antecedens*.

C

Secundum est ex textu in leg. cum quidam, de bonorum possess. ubi probatur: uideri eum agnouisse bonorum possessionem, qui falsum testamentum dixit. Respondet Bolog. numero septuagesimosecundo, & post eum Menoch. illum textum loqui respectu temporis ad petendam bonorum possessionem constituti: quia non currit pendente falsi testamenti accusatione: & sic videtur ibi agnitio facta ad effectum, ut tempus non cucurrerit.

Tertium pro eadem sententia adducitur doctrina Bart. in lege 3. circa princ. de acq. possess. vbi Bartolus scribit: illud quod quis facit ad conseruandum operari ad inducendum, ut (uerbi gratia) aliquis intendit continuare suam possessionem, quam non rectè acceperat: talis continuatio operatur acquisitionem possessionis de nouo.

Huic simile est, quod tradit idem Bart. in l. gerit, in 5. quæst. princ. de acq. hæred. ubi docet eum, qui facit actum tanquam hęres, cum putarem se hæredem uideri, ex hoc adijsse.

D

Simile est etiam, quod habetur in l. si quis mihi bona, §. sed quid si mandaui, de acq. hæred. ubi pater ratificando bonorum possessionem à filio petitam, cum petita non esset, uidetur ex hoc iubere filio, qui nondum adierat, ut adiret.

Et in l. qui uolebat, ff. de hær. inst. ubi quis dicit, se filium suum exhæredasse, quem non exhæredauerat: tamen hæc uerba important exheredationem ipsius filij. Ita in proposito nostro, ex hoc facto; quod scilicet, quis intentat actionem, arguitur animus, & declaratio agnoscendi bonorum possessionem: & talis agnitio inclusa esse uidetur sub actione intentata. Respondet Bolog. numero septuagesimoprimo hoc argumentum procedere, quando uersamur in ijs, quæ pendent ex animo, & uoluntate nuius, prout est aditio hæreditatis, & similia. Sed agnitio bonorum possessionis

A non pendet ex animo, & voluntate vnius tantùm, id est, illius, qui vult agnoscere: sed requiritur etiam, quòd ista animi declaratio fiat in præsentia iudicis, l. fin. C. qui adm.

Quartum adfertur argumentum æquiparando hæreditatis aditionem, & bonorum possessionem pro qua æquiparatione est text. in l. 2. ff. de bon. poss. Nam is dicitur hæreditatem adire, qui facit actum, qui fieri non potest citra ius, & nomen hæredis, lege, pro hærede, l. gerit, de acq. hær. Ergo similiter is dicitur bonorum possessionem agnoscere, qui facit actum, qui fieri non potest citra ius, & nomen agnoscentis bonorum possessionem. Sed iste actus est talis; ergo videtur agnitio ex hoc acto resultare. Responderi potest: æquiparationem aditionis hæreditatis, & agnitionis bonorum possessionis non esse bonam: quia aditio hæreditatis solo animo inducitur, §. fi. inst. de hær. qual. & diff. At bonorum possessionis agnitio præter animum agnoscentis requirit etiam præsentiam iudicis. B Præsentia autem requirit intelligentiam, l. coram, de verb. sig. & aliud etiam requirit nempe, vt quis præsens sit ex proposito ad illum actum, gl. in Clem. 1. in vers. præsentia, de baptis.

Contrariam sententiam amplexi sunt Decius in sub. C. qui adm. in 1. lect. num. 15. Iacob. num. 2. Bolog. nume. 72. & alij à Menochio citati loco supra citato. Fundamentum ponunt in lege 1. ff. vnde legit. vbi textus dicit: si agnouisti bonorum possessionem potes prosequi bona per actionem: scilicet istam, quæ est possessoria hæreditatis petitio. Ergo agnitio debet præcedere. Respondeo illum textum loqui secundum prisca iura, quibus requirebatur agnitio cũ decreto iudicis. Hodie per l. vlt. C. qui adm. sufficit qualis testatio, & declaratio agnoscendæ hæreditatis: huiusmodi verò declaratio satis videtur fieri ex intentata actione, vt patet. Secundò adducitur ratio: quia debet C agnitio fieri in præsentia iudicis, vt dicta lege fin. ergo requiritur, vt iudex intelligat id fieri, lege coram, ff. de verb. sign. Respondeo: iudicem satis intelligere ex libello, in quo actor prosequitur bona, quod velit agnoscere bonorum possessionem: & licet cogitare possit alias agnouisse: tamen ex libello etiam colligere potest, eum habere animum continuandi in ipsa agnitione, quæ quidem continuatio operatur agnitionem nouam, ex doctr. Bart. in d. l. 3. post princ. de acq. possess. dum ait: ad conseruandum ius, valere ad illud inducendum.

Concludo cum communi primò ex l. vlt. C. qui adm. Secundò ex regula l. si quis intentione, ff de iud. Tertiò ex regula l. quoties, de reb. dub. Et præcipuum fundamentum stat in dicta lege vltim. C. qui adm. vbi qualis qualis testatio sufficere dicitur amplectendæ hæreditatis. Sed in proposito nostro, intentata possessoria hæreditatis petitione, adest aliqua testatio amplectendæ hæreditatis. D Igitur illa sufficit, vt agnitio valeat.

CAPVT XXXVI.

Quotuplex sit bonorum possessio?

COmmunis est: duplicem esse: edictalem, & decretalem. Edictalis, quæ à prætore mortuo datur. Decretalis est, quæ datur à prætore viuo, ita glos. in l. 1. §. Decretalis, de success. edict. Bart. in l. 3. § municipib. de bon. poss. & de communi Dec. in rubr. C. qui adm. num. 13. Cagn. num. 112. Rim. iun. nu. 304.

Fundamentum est in l. 1. §. vnusquisque, & §. Decretalis, ff. de success. edict. ita inducendo. Dicitur in §. vnusquisque, repudiari posse bonorum possessionem delatam. Dicitur in §. Decretalis, non posse A repudiari bonorum possessionem decretalem: quia non est delata antequam sit decreta. Ergo duplex est bonorum possessio; vna Decretalis, alia edictalis, & differunt specie; quoniam esse delatam, & non esse delatam: repudiari non posse, & repudiari posse, inter se differunt: & vni bonorum possessioni conuenire non possunt: quia duo contraria non possunt stare simul, l. prima, C. de furtis, l. vbi repugnantia, de reg. iur. Respondet Bulgarin. in rubr. C. qui adm. & Alciat. in l. delata, de verbo. sign. tex. in d. §. Decretalis, loqui de extraordinaria bonorum possessione; quæ ex decreto substantiam accipit, velut est Carboniana, & ventris nomine, l. 3. §. caussæ, §. missum, de Carbonia. l. 1. & 2. C. eod. Ordinaria autem bonorum possessio substantiam suam habet ex edicto Prætoris: ideo repudiari potest. Reprobat hanc responsionem Cagnol. ubi sup. & Rim. iun. ubi sup. I. Quia totus ille titul. de successorio edicto loquitur de ordinarijs B bonorum possessionibus: non autem de extraordinarijs. II. Quia etiam in ordinarijs decretum requirebatur, l. ex duob. §. ult. de bon. poss. contra tabulas. III. Quia uerba in dubio semper accipienda sunt de ordinario remedio, & iure: non autem de extraordinario, l. Seio, § Medico, de ann. leg. Secundò igitur responderi potest: non esse bonam consequentiam. Bonorum possessio edictalis repudiari potest. Decretalis non. Illa dicitur delata, ista non. Ergo duplex est bon. poss. quoniam idem uidemus in hæreditate contingere, quæ una & eadem est hæreditas, licet modo sit delata, modo non sit delata: aliquando adita sit, aliquando non.

Secundum argumentum est ex leg. 3. §. à municip. de bon. possess. ita inducendo dicitur ibi, municipibus dari posse bonorum possessionem etiamsi nemo petat ex edicto prætoris. Ergo datur eis bonorum possessio edictalis: non autem Decretalis; quia decretalis C debet decerni à iudice; & sic requiritur, ut aliquis eam petat: Respondeo, iudicem ibi supplere defectum administratoris municipis, sicut alias supplet defectum tutoris. l. bonorum, Cod. qui admitt. leg. si infanti, C. de iure delib. ut declarat Bartol. in d. §. à municipibus. Ex quo non rectè infertur, duplicem esse bonorum possessionem; quia est una, & eadem bonorum possess. quæ competit ex edicto Prætoris mortui, & datur à Prætore uiuo. Et licet ista edictalis aliquando requirat decretum Prætoris; non tamen sequitur, esse specie differentem ab ipsa Decretali.

Tertium argumentum est ex l. ult. §. sin autem, C. de curato. furio. ubi Imper. decidit, curatorem furiosi petere posse bonorum possessionem, quæ antea dabatur ex decreto Prætoris. Ex quo innuere uidetur, reperiri aliam bonorum possessionem, quæ ex edicto Prætoris D datur. Responderi potest; id non rectè colligi ex illo tex. quia sensus est, bonorum possessionem, quæ olim ex edicto Prætoris dabatur, esse illam, quæ nunc datur furioso, sublata petitionis solennitate, ut in l. ult. inf. tit. nostro.

Quartum Dec. rationem adducit, quia modica differentia inducit species diuersas in iure nostro, l. 1. de Præto. stip. l. 2. §. postea, de orig. iur. Hic autem est aliqua differentia inter edictalem, & Decretalem. Resp. Bolog. num. 73. id esse uerum, quando est differentia substantialis, alias non, l. 3. §. Genua, de acqu. poss. l. fin. de fundo instr.

Contrariam sententiam, unam esse bonorum possessionem, quæ dicitur edictalis, tenuit olim Azo, & nouissimè Bulgar. Lancellot. Decius, Zuccar. Andr. Sicul. & alij quidam recentiores. Pro qua primò adducitur argumentum à definitione, quæ ponitur in l. 3. §. bonorum, de bonorum possess. Etenim illa definitio conuenit tàm edictali quàm Decretali. Ergo est una tantùm

A rum bonorum poſſeſſio. Reſpond. Deci. num. 86. non eſſe bonam conſequentiam: quia ſemper hoc contingit, vt definitio generis conueniat omnibus ſpeciebus, vt videmus in actione. Illius definitio conuenit omnibus actionibus, tam in rem, quam in perſonam. Et ſic de alijs.

Secundò adducitur hæc ratio. Non poteſt iudex concedere aliud, quam quod petitum eſt, l. vt fundus, ff. com. diu. c. licet, de ſimo. ſed à iudice petitur edictalis bonorum poſſeſſio. Ergo, ſi iudex eam decernit, eſt eadem cum ipſa edictali. Duæ ſunt reſponſiones. Vna Decij in rub. C. qui admitti circa finem: non valere conſequentiam: quia videmus in ſimili, quod dum res proponitur in iudicio, dicitur cauſa. Dum verò diſcutitur, & examinatur, dicitur iudicium, cap. Forus, de verb. ſign. ſic & in propoſito dicendum eſt. Dum bonorum poſſeſſio petitur, eſt Edictalis: dum verò à iudice decernitur, eſt Decretalis. Altera reſponſio eſt Bolo-

B gn. nu. 73. iudex non concedit vltra petita. hoc etiam eſt verum in caſu noſtro: quia iudex decernit bonorum poſſeſſionem eorundem bonorum, quæ delata ſunt ex edictali: ſed tamen edictalem ipſam iudex non decernit: quia is qui petit, iam habet ipſam edictalem. Nemo autem poteſt petere id, quod iam habet, §. ſic itaque, inſt. de act.

Tertiò adducitur: quia pari paſſu ambulant bonorum poſſeſſio, & hæreditas. Sicut ergo non dicitur hæreditas diuerſa, quæ eſt adita, ab ea quæ non eſt adita: nec hæreditas diuerſa, quæ eſt delata, ab ea quæ non eſt delata: ita non debet dici bonorum poſſeſſio edictalis diuerſa, ab ipſa Decretali, ex eo quod illa delata ſit vel non; acquiſita vel non. Reſpondet Dec. in fine, imò hæreditatem aditam non dari: quia eſt patrimonium hæredis, vt notat gl. & Doct. in l. 1. §. veteres, de acq. poſſ. l. ſed ſi plures, §. Filio, de vulg. Dico etiam, non eſſe hæreditatem, quæ nondum delata eſt, niſi largo modo & impropriè.

C Videbatur mihi prima fronte, vnam eſſe tantum bonorum poſſeſſionem, quæ dicitur edictalis. I. Quia bonorum poſſeſſio defertur ex edicto Prætoris mortui: Prætor autem viuus illam dat, & decernit tanquam executor edicti. Executor autem nihil noui facere dicitur: & ideò actus illi non attribuitur, l. ab executore, de app. l. ab executione, C. quorum app. non recip. c. Nouit, de app. & quæ veniunt ad executionem, non immutant diſpoſitionem. glo. in Clem. 1. de præbend.

II. Quia hodie ſublatum eſt Decretum: non enim aliud requiritur in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, quam teſtificatio coram iudice, qua declaratur animus, l. fi. C. qui admitti, & hæc eſt communis Doctorum ſententia, quod amplius non requirebatur decretalis bonorum percuſſio, vt ibi teſtatur Iaſ. Decius, Bolog. & alij.

D Iſtis non obſtantibus concludo. Duplicem eſſe bonorum poſſeſſionem: edictalem, & decretalem. Et moueor his argumentis. Primò. Nam ad conſtituendas ſpecies diuerſas, ſufficit diuerſitas finis, ita vt differre ſpecie dicantur, quæ diuerſum finem reſpiciunt, l. 1. de precario, ſed diuerſum finem habent edictalis, & decretalis. Ergo ſpecie differunt. Minor probatur: quia Decretalis reſpicit ius quæſitum, edictalis ius quærendum. Hæc autem differunt, l. 1. §. confertur, de collat. bon. ergo. Secundò. Illa dicuntur ſpecie differre, quæ producunt diuerſos effectus, quorum vnus eſt maior altero, l. 1. de ſeruit. ruſt. præd. ſed maior effectus eſt ex Decretali, (quia ius quæſitum eſt) quam ex edictali. Ergo. Tertiò. Illa ſpecie differunt, quæ origine differunt, & inuentore, vt tutela teſtamentaria, legitima, & datiua; actiones ciuiles, & Prætoriæ cum ſimilibus. Sed Decretalis originem habet ex edicto Prætoris mortui, & edictalis ex decreto prætoris viui. Ergo

A differunt ſpecie. Quartò. Differunt etiam ſpecie, quæ differunt ſolennitate, veluti teſtamentum in ſcriptis, & nuncupatiuum. Pactum & ſtipulatio, contractus in ſcriptis, & ſine ſcriptis: ſed Edictalis, & Decretalis ſunt huiuſmodi. Ergo differunt ſpecie. Quintò. Si Decretalis eſſet eadem cum edictali, vbi eſſet edictalis, ibi eſſet Decretalis, vnaq; ſine altera non eſſet, ſed datur Edictalis ſine Decretali, & è conuerſo. ergo differunt: Datur Edictalis ſine Decretali in l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bon. poſſ. ſer. Datur decretalis ſine edictali, in l. 1. §. Furioſi, de ſucceſſ. edict. & in l. fi. §. ſin autem, C. de curato. furio. Sextò & vltimò. Quia decretalis eſt, quam Prætor cum cauſſæ cognitione decernit; vel, quia deficiunt uerba edicti, & tamen mens ſuffragatur, l. 1. §. Nepos, ff. ſi à parente quis fuerit manumiſſus. Vel quando edictum indiget moderatione, l. Saluius Ariſto, de leg. præſc. Et generaliter, vbi verba legis pugnant cum ratione, l. in ambiguis, §. quoties, de reg.

B iur. vel vbi de alterius præiudicio ageretur, Alciat. l. 1. numero 23. de iuriſd. om. iud. adducit l. venire, ff. de acq. hær. iuncta l. illud, §. fin. de bon. poſſ. contra tab. & latè declarat Menoch. de adipiſc. remed. 1. numero 16. cum ſeqq. ergo in his caſibus non poteſt eſſe eadem cum edictali.

Non obſtat. I. Quod Prætor viuus ſit executor, & quod Decretalis ſit executio edictalis; quia non eſt merus executor, ſed mixtus. Cognoſcit enim an concedi debeat bonorum poſſeſſio, & decernit illam cum cauſſæ cognitione. At, quando quis non eſt merus executor, ſed mixtus: tunc aliquid facere dicitur, & illi actus attribuitur, vt notat gl. & Doct. in d. c. Nouit, in verbo verius, de appell. Ad II. Reſponderi poteſt: non eſſe ſublatum decretum, quod olim requirebatur in bonorum poſſeſſione, vt defendit Alciat. libr. 2. Paradox. cap. 13. Non placet hæc ſolutio, cum in contrarium ſit communis ſententia, & eam defendit, Bello. lib. 4. ſup-

C putationum incip. c. 1. Niſi dicamus, Decretum etiam hodie adhiberi poſſe, & in hoc ſenſu non dici ſublatum: ſed non eſt neceſſarium ſecundum communem ſententiam Doctorum, vt dixi. Secundò igitur reſpondeo. Licet non requiratur Decretum in ordinarijs bonorum poſſeſſionibus: tamen requiritur præſentia iudicis etiam hodie, vt in d. l. vlt. vnde dici poteſt bonorum poſſeſſionem duplicem eſſe, conſiderato iure veteri: videlicet, edictalem & decretalem. Iure autem nouo, duplicem eſſe, uidelicet; edictalem, & iudicialem, vt tradunt omnes in d. l. ult. C. qui admitti, vbi Dec. num. 4. Vltimò reſponderi poteſt. Non eſſe ſublatam bonorum poſſeſſionem, quæ decretum exigebat ex cauſſis ſupra dictis cum cauſſæ cognitione; quia nec hodie Prætor dare poſſet bonorum poſſeſſionem huiuſmodi perſonis abſque cauſſæ cognitione, & decreto. Sublata uerò eſt petitio, & conceſſio bonorum poſſeſſionis, quę fiebat abſque cauſæ cognitione, & decre-

D to contentioſo, quando nulla erat difficultas, iuxta d. l. 2. §. Dies, ff. quis ordo in bon. poſſeſ. ſer. & l. 1 §. ſufficit, ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabul. licet aliquod Decretum non contentioſum requireretur, & declarat Bolog. in d. l. ult. ſub num. 16.

CAPVT XXXVII.

Quando hæreditas propriè delata eſſe dicatur ad intellectum ſtatuti Lucenſis, quod hæreditas delata tranſmittatur?

SCribit Matthesilaus ſing. 194. quem ſecuti ſunt recentiores, teſte Decio, in l. 1. nu. 11. C. qui adm, & Bolog. n. 21. ſtante ſtatuto Lucẽſi, q̃ hẽditas delata tranſmittatur, hæreditatem non dici delatam ignoranti, furioſo, uel infanti. Et ſecundum hanc ſen-

tentiam reſpondit Soc. ſen. conſil. 116. lib. 1. & 197. lib. 2.

Primò ex l. delata, de verbor. ſignific. vbi dicitur delata hęreditas, quam adeundo quis conſequi poteſt. Quo argumento vtitur Rim. iun. in d. l. 1. numero 26. quia verbum poteſt relatum ad certam perſonam, cui comodum acquiritur, denotat potentiam cum actu, vt docet Bart. in l. 1. ff. de iniuſt. rupt. per text. in l. 3. §. ſi quis ſic acceperit, ff. de ſtatu lib. Sed huiuſmodi perſonę non poſſunt eam adire propter impedimentum ignorantię, furoris, & infantiæ. Ergo non dicitur delata. Reſpondet Bolog. in d. l. 1. numero 23. illa verba textus in d. l. delata, quibus dicitur delatam eſſe hæreditatem, quam quis adeundo conſequi poſſit, referenda eſſe ad iuris potentiam: non autem ad actualem conſecutionem, ſicut dicitur de obligatione inſtit. de oblig. in princ. hoc vult dicere, quod ſit delata ſi de iure quis poſſet eam adire, & conſequi: licet de facto
B non poſſit propter aliquod impedimentum. Sicut obligatio dicitur iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur, licet de facto quis non aſtringatur: quia non poteſt ſoluere propter impedimentum facti.

Secundò adducitur textus in l. 1. §. furioſi, de ſucceſſ. ed. vbi dicitur, curatorem furioſi non poſſe repudiare bonorum poſſeſſionem: quia non eſt delata. Reſpondet Decius numero 12. & Cagn. num. 25. non eſſe ibi delatam, vt repudiari poſſit, ſecundum expoſitionem gloſſ. ibi. Quæ reſponſio non eſt bona. I. Quia continet diuinationem, cum textus abſolutè dicat non eſſe delatam. II. Quia eſſet ratio inepta. Non poteſt repudiari: quia non eſt delata. Non eſt delata, vt repudiari poſſit. Ratio enim non debet eſſe eadem cum dicto, vt dicit Bart. in l. vlt. ff. de off. procur. cæſ. Reſpondeo ego, in furioſo id veriſſimum eſſe: quia non eſt ei delata hæreditas, vt dicebat Alciatus in d. l. delata, ſecùs in
C infante, & ignotante. Et quod furioſo delata non ſit, ego ſemper credidi: quia edictum Prætoris non vocat eos, qui ſanæ mentis non ſunt: & ideo furioſus habet tantum decretalem bonorum poſſeſſionem; non autem edictalem, l. vltim. §. ſin autem, C. de cur. fur. quòd nuper inueni eſſe veriſſimum: quia mortuo furioſo locus eſt ſucceſſorio edicto, & is vocatur ad bonorum poſſeſſionem, qui defuncto erat proximior in gradu poſt furioſum, l. 2. §. ſi quis ex liberis, ff. ad Tertul. §. vlt. C. de cur. furioſo, & ſic furioſus non tranſmittit hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem.

Tertio adducitur doctr. Bart. in l. is poteſt, number. 12. de acquir. hæredit. quatenus dicit: hæreditatem delatam eſſe infanti, furioſo, & ignoranti cum impedimento animi. Nam, cùm adijciat Bartolus illam qualitatem impedimenti, infertur non eſſe ſimpliciter
D delatam: quia illud dicitur propriè tale, quod ſimpliciter eſt tale; ſecùs ſi ſit cum aliquo adiuncto, vt docet idem Bartol. in l. Lucius, §. quæſitum, de leg. 3. Reſpondeo. Bartolum ibi loqui reſpectu iuris repudiandi: vnde dicit, infantem, furioſum & ignorantem habere ius adeundi: ſed non poſſe repudiare. Et ideò non habere in eis locum regulam illius textus: *Is poteſt repudiare qui poteſt adire*, quod nihil facit ad rem noſtram. Nec enim infans aut furioſus vel ignorans repudiare poteſt, cum animus requiratur: & quia non poteſt renunciare iuri, quod ignorat ſibi competere. l. mater, ff. de inoff. teſtam.

Quartò adducitur textus in l. venter, de acquir. hæred. vbi impedimentum facit, vt hæreditas non dicatur eſſe delata. Reſpondeo, eſſe iuris impedimentum; non autem facti, vt in quæſtione noſtra;
A erat enim impedimentum ex eo, quod poſthumus fuerat præteritus vel emancipatus, ideoque rumpi teſtamentum poterat, qua dubitatione pendente ait ibi Iuriſconſultus, delatam non eſſe hæreditatem.

Quinto adducitur textus in l. nec is §. fin. de acq. hæredit. vbi hæreditas non dicitur delata propter ignorantiam. Facilè reſponderi poteſt: quia ibi legitimus hæres fuerat inſtitutus etiam ex teſtamento, & hoc ipſe ignorabat. Repudiauit tanquam legitimus, quæritur, an valeat repudiatio? Reſpondet textus: nihil valere, nec ei obeſſe: quoniam erat hæres teſtamentarius, & non repudiauit hæreditatem, vt ex teſtamento delatam: quia ignorabat teſtamentum. Non poterat etiam repudiare hæreditatem, tanquam hæres legitimus; quia non erat ei delata; quamdiu enim locus eſt teſtamento ceſſat cauſa inteſtati, l. quamdiu, de acquir. hæred. Addi
B poteſt ſextum argumentum ex doct. gloſ. in l. is poteſt, de acquir. hæredit. coniuncta l. delata, de verbo. ſignifi. Nam delata dicitur hæreditas, quam adeundo quis poteſt conſequi: ergo requiritur, vt poſſit adire, ſed nemo poteſt adire hæreditatem, niſi ſciat ſibi delatam, vt dicit gloſ. in d. l. is poteſt. Ergo ignorans non poteſt adire; conſequenter nec infans, nec furioſus. Reſponderi poteſt. Iſtud eſſe impedimentum facti; non autem iuris, vt dicebat Bolog. vbi ſuprà.

Contrariam ſententiam, videlicet delatam eſſe hæreditatem, non obſtante dicto impedimento ignorantiæ, infantiæ, & furioſi, tenet Imol. & Alexan. in l. 2. C. qui admit. numero ſeptimo in l. is poteſt, de acq. hæredit. Dec. in d. l. C. qui adm. numero duodecimo Cagnol. numero 25. Anchar. conſilio 354. Fundamentum eſt in tribus legibus, quibus dicitur, delatam eſſe, in l. infantiæ, C. qui adm. in l. licet, & in l. ſi
C infanti, C. de iure delib. Et reſpectu ſtatuti Lucenſis ait Dec. rem eſſe clariorem; quia qualitas infantiæ, & ignorantiæ operatur facilius tranſmiſſionem, l. ſi infanti, C. de iure deliber. l. Pannonius, de acquir. hæredit. Et licet verba ſtatutorum debeant propriè accipi, l. 3. §. hæc verba, de neg. geſt. tamen intelligenda ſunt ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. loca. l. Inſulam, de præſc. verb. & ſecundum conditionem perſonæ, l. plenum, §. equitij, de uſu & habit. Et cum ſtatutum, de quo agitur, ſit exorbitans à iure communi, non poteſt ab eo recipere interpretationem, not. Caſtr. in l. fin. §. in computatione, C. de iure delib.

His omnibus reſpondet Rim. iun. I. Illas leges loqui impropriè. Non poſſe dicta verba ſtatuti intelligi ſecundum ſubiectam materiam; quia non eſt eadem ratio, quando ſubeſt impedimentum; quæ adeſt, quando nullum ſubeſt impedimentum.
D Nam quando nullum impedimentum adeſt, ideo tranſmittitur hæreditas non adita; quia lex præſumit, illum cui eſt delata, fuiſſe illam aditurum, ſi uixiſſet. Quamobrem non uult ei caſum mortis obeſſe; at, quando ſubeſt impedimentum, lex præſumere non poteſt aditurum fuiſſe, ſi ſuperuixiſſet, Negat II. Rimin. qualitatem ignorantiæ efficere, ut facilius tranſmittatur. Nam l. Pannonius, quæ ad hoc allegatur, loquitur de reſtitutione concedenda ex iuſta ignorantia; non autem de tranſmiſſibili; ſimiliter nec infantiæ qualitas operatur tranſmiſſionem. Nam l. ſi infanti, quæ ad hoc allegatur, loquitur ſpecialiter in caſu in fauorem patris tantum.

Negat III. quod dicitur, ſtatutum non recipere interpretationem à iure communi, quando eſt correctorium; quia uerius eſt recipere excepto eo quod corrigit, ut per Soci. ſen. conſil. 52. lib. 3. ut probatur

in

in auth. offeratur, C. de lit. contest. iuncta l. sciendum, A ff. qui satisd. cog.

Mihi videtur, excepto furioso, delatam esse hæreditatem infanti, & ignoranti. Primò ex legibus adductis pro hac sententia, quas verisimile non est impropriè loqui. Secundò per text. in l. seruus, de bon. poss. Nam, si absenti dati potest bonorum possessio: ergo est illi delata, licet ignoret. Tertiò: quia non currit tempus ignoranti, l. 2. ff. quis ordo in bon. poss. seru. quod frustra diceretur, si non esset delata. Quartò per text. in l. licet, C. de iure delib. Vbi secundum communem obstat præscriptio 30. annorum. ergo est delata. Quintò: quia is transmittit, qui scivit & neglexit adire: ergo multo magis, qui fuit impeditus, leg. Non enim, ff. ex quib. cau. maio. Sextò: quia statutum æquiparat suos, & extraneos respectu transmissionis: sed sui transmittunt etiam ignorantes, l. 3. C. de iure delib. l. vn. C. de his qui ante aper. tab. ergo & extranei. Septimò, quia verisimile est, si isti sciuissent, adituros fuisse. B

CAPVT XXXVIII.

Vtrùm patre non ratificante, acquiratur bonorum possessio filiofamilias, & an teneatur creditoribus satisfacere?

Communis sententia est, patre non ratificante bonorum possessionem filiofamilias delatam resolui, nec filium remanere obligatum creditoribus hæreditarijs, ita Bar. in l. 1. C. qui adm. num. 4. Cast. num. 3. Alex. in princ. Cagn. num. 26. Bolog. num. 28. Rim. Iun. num. 73.

Primò adfertur textus in l. vlt. ff. quis ordo in bon. poss. seru. vbi dicitur: non currere tempus filio, quando patrem certiorare non potest. Quia bonorum possessio non acquireretur antequam pater ratificasset; & sic ratificatio patris necessaria esse videtur, vt acquiratur. Respondet Decius: illum textum loqui respectu patris, cui ignoranti, vel inuito bonorum possessio non acquiritur, l. 3. §. inuito, de bon. poss. Vtrum autem sit inefficax respectu filij, textus ille non declarat. Hæc responsio tollitur: quia, si bonorum possessio esset efficax respectu filij ante ratificationem patris, deberet currere tempus in præiudicium ipsius filij, etiamsi patrem certiorare non posset: cuius tamen contrarium ibi habetur. Item, quia textus ibi negat acquiri absolutè & generaliter: & sic non acquiritur patri, nec filio. Secundò respondet idem Decius: illum textum loqui, quando filius agnouit bonorum possessionem animo acquirendi eam patri: tunc enim, si pater non ratificet, est pro non facta agnitio; quia actus non debet operari aliquid præter agentis intentionem, l. Non omnis, ff. si cert. pet. Hæc responsio quoque nullius momenti est: quia regula l. Non omnis, non habet locum in quasi contractibus: in illis enim operatur actus vltra agentis intentionem, vt patet in eo qui indebitum soluit per errorem. Nam soluit eo proposito, vt se liberaret ab obligatione: & tamen solutio operatur vltra intentionem suam, vt alter qui soluit obligetur, vt declarat ipsemet Decius in dict. l. Non omnis col. 2. Tertio igitur loco ad tex. in d. l. vltim. ff. quis ordo in bon. poss. seru. respondet Riminaldus iun. loqui, quando pater vel est furiosus vel certiorari non potest: tunc enim bonorum possessionem potest acquiri filio, quia spes est, quod pater aliquando ratificet: & ideo non potest filio acquiri in præiudicium patris. Sed quæstio nostra est, quando filius petit & pater negat se velle ratum habere, an tunc cesset omne præiudicium patris; quia non vult: vnde videtur A tunc dicendum, bonorum possessionem acquiri filio.

Ista responsio non est bona. Quia licet textus loquatur, quando pater certiorari non potest: tamen subiungit rationem generalem dicens, ideò tempus non currere filiofamilias eo in casu, quo patrem certiorare non potest: quia non ante acquireretur quàm pater comprobasset. Hæc verba ostendunt bonorum possessionem non acquiri absolutè patri nec filio, si pater non ratificet: quia si aliquando acquireretur filio, patre non ratificante, non esset bona ratio, nec generalis: prout esse debet.

Secundo loco pro communi adducitur textus in leg. vltim. Codice, de bonis quæ lib. vbi constitutum est in hæreditate, vt, patre recusante filium adire, acquiratur ipsi filio hæreditas. Ergo ante illam constitutionem filio non acquirebatur. Respondet Decius: textum illum loqui de hæreditate, in qua iussus patris B ab initio requirebatur: secùs in bonorum possessione, in qua ratificatio patris sufficiebat. Non placet Rim. iun. quia l. fin. C. de bon. quæ lib. loquitur etiam in fideicommisso delato filiofamilias, in quo iussus patris à principio non requirebatur: sed sufficiebat ratificatio, immò loquitur in omni alia re delata filio ex quocunque titulo & caussa. Respondetur igitur ipse Riminaldus Iun. textum in dict. leg. vltim. loqui, quando pater & filius à principio discordabant: quia pater recusabat filium adire, filius autem volebat adire. Stante huiusmodi recusatione, statuit Imperator, vt filio acquiratur. At nos loquimur, quando talis discordia non est inter patrem & filium à principio: sed post petitam bonorum possessionem: quia videlicet filius petijt & agnouit; pater verò non vult ratum habere.

Ista responsio non est bona: quia nulla est ratio diuersitatis, siue ab initio sit discordia, siue post: & lex nō C est imposita verbis, sed rebus, leg. secunda, Codice, com. de legat.

Communis igitur sententia est verissima, quæ probatur ex dictis duobus argumentis. Et confirmatur manifesta ratione: quia excepta caussa Castrensis peculij vel quasi castrensis, filiusfamilias erat incapax acquisitionis, leg. Placet, de acquirend. hæredit. l. Acquiritur, de acq. rer. dom. ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest: nec poterat pater huic publico iuri derogare, vel alius. Ideoque non valebat donatio à patre in filium collata, leg. Donationes quas, Codice, de dona. inter uir. & uxor. licet pater donando filio vellet illum habere, l. 1. §. primò, ff. de donatio.

Argumentis Decij, qui contrarium tenuit, respondendum est. Primo mouetur ex leg. Cum hæres, de acq. hæred. ubi patre furioso existente, & ideo iubere non ualente, ipsi filio, ut adeat hæreditatem, filius adire D potest, & sibi acquirere. Idem ergo in bonorum possessione. Responderi potest; loqui in hæreditate, in qua ius ciuile potuit tollere effectum patriæ potestatis, cum illud ius induxerit, & sic decernere, ut filio acquiratur hæreditas. At, prætor non potuit effectum patriæ potestatis tollere decernereque, ut filio bonorum possessio acquireretur; quia ipse prætor non induxit ius patriæ potestatis. Eius autem est tollere, cuius est inducere & econtra, l. si ut proponis, C. de nupt.

Secundò mouetur hoc argumento. Qui facit actum nomine alterius illo non ratificante, ualet & censetur factus nomine proprio, leg. si absentis, C. si cert. pet. leg. cum quattuor, ff. de adm. tut. Sed filius petit bonorum possessionem nomine patris, ut illi acquirat. ergo patre non ratificante sibi ipsi acquirit. Probatur minor, quia patri acquiritur emolumentum; & non filio; ergo credendum est, filium

petere

petere bonorum possessionem nomine patris: alioquin, si nomine proprio peteret, ipse maneret obligatus creditoribus, & pater haberet emolumentum. Quod est absurdum, leg. is qui in potestate, §. fin. de leg. præst. Actus autem semper debet intelligi factus eo modo, quo vtilior est facienti, Bart. in leg. Gerit, numero 21. de acq. hæred. Respondeo regulam leg. si absentis, habere locum, cùm aliquis loculpletaretur cum altera iactura: sed hæc ratio non militat in casu nostro: ideo non obstat. Item non est verum, quod filius intelligatur accipere hæreditatem sibi, cum nullo modo possit obligari creditoribus hæreditarijs.

Quæritur, quæ sit ratio, cur filius non obligetur creditoribus hæreditarijs adeundo hæreditatem vel agnoscendo bonorum possessionem, cùm ex contractu omni obligetur, excepto mutuo & voto; l. Tam ex contractibus, ff. de iud. & l. filiusfamilias, ff. de actio. Ergo multo magis deberet obligari ex quasi contracto; scilicet, adeundo hæreditatem, §. hæres, inst. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.

Respondetur. Prima ratio est Bartoli in l. qui in aliena, ff. de acq. hæred. quia aditio hæreditatis est similis voto, ex quo filiusfamilias non obligatur, leg. 2. §. voto, de pollicit. votum enim consistit in animo, ita aditio hæreditatis consistit in animo, leg. pro hærede, & l. gerit, de acq. hæred. Hanc rationem reprobat Cast. in l. Mutuum, de acq. hæred. quia æquiparatio illa Bartoli non est bona: quoniam aditio hæreditatis requirit aliquam declarationem extrinsecam animi sui: & sic non consistit in solo animo. Sed votum non requirit declarationem extrinsecam, sed pendet à sola voluntate, etiam non declarata, c. 3. vbi gl. extr. de voto.

Decius in l. 1. C. qui adm. defendit Bartolum dicens: nullam esse differentiam inter aditionem & votum, si termini sint pares: nam sicut quis obligatur voto sola voluntate, quoad Deum in conscientia: ita per aditionem hæreditatis quis obligatur in foro conscientiæ; non autem in foro nostro. Nam paria sunt quid non esse, vel non apparere, l. Duo sunt Titij, de testam. tut. Item decipitur Castr. quia Bartolus sumit argumentum de voto ad aditionem negatiuè; non affirmatiuè.

Rimin. Iun. in d. l. 1. num. 112. dicit: Castrensem rectè Bartolum impugnare. At Decium malè. Nam dum dicit Decius, illam Bartoli æquiparationem procedere, stantibus terminis paribus, dicit: hoc non procedere etiam quoad forum conscientiæ: Nam ille, qui adiuit in foro conscientiæ, non tenetur vltra vires hæreditarias: in foro autem tenetur semper, Bart. in l. gerit, numero 6. de acq. hæred. Item Bartolus non solum negatiuè, sed affirmatiuè sumpsit talem æquiparationem.

Alciatus lib. 4. paradox. cap. 2. conatur Bartolum defendere sic. Castrensis enim putauit, votum consistere in sola voluntate: aditionem autem non. Et hoc est falsum: nam votum requirit aliquam extrinsecam declarationem votum enim non est promissio facta Deo in iure ciuile: sed promissio facta Principi, vel Reipublicæ, ob beneficium. Ita ait text. in l. 2. §. voto, ff. de pollicit. Et hoc est votum, quo filiusfamilias non obligatur. Riminald. Iun. autem dicit, aduertendum d. §. voto, loqui de voto, quod fit Deo. Quod patet ex verbis subsequentibus: ibi enim disputat, an res in voto apposita efficiatur sacra. Rimin. Iunior Bartolum defendit: quia considerandum est, quod est principale, lege si quis nec caussam, ff. si cert. petat. Sed illud principale est in voto, vt quis Deo obligetur ex voluntate. Ita aditio hæreditatis consistit in voluntate nostra principaliter & declaratio, quæ fit in aditione hæreditatis, non facit differentiam specificam: fit enim ad maiorem declarationem; & istud plus & minus non faciunt differentiam specificam, l. vlt. ff. de fund. instr. Verùm, etsi defensa sit Bartoli doctrina: impugnatur tamen ab alijs.

Secundò impugnat Imola in l. seruo inuito, ff. ad Treb. in princ. quia in aditione hæreditatis debet præcedere iussus patris in filiofamilias, leg. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acq. hæred. sed in voto sufficit, patrem consentire tunc vel post, d. l. 2. §. voto: nam cum requiritur authoritas, intelligitur ante vel post statim, l. obligari, §. Tutor, ff. de auth. tut. Item, quia in voto consideratur obligatio principaliter & emolumentum voti consideratur in consequentiam: sed in aditione hæreditatis principaliter consideratur commodum acquirendi, & in consequentiam tenetur ad onera hæreditaria. Respondet Decius: non esse habendam rationem huius rei, quia nos videmus in bonorum possessione non requiri iussum patris: sed tantum ratihabitionem: & tamen filius agnoscendo bonorum possessionem non obligatur. Item in aditione hæreditatis, & in bonorum possessione agnoscendo æquè principaliter considerari commodum, & onera hæreditaria, per l. qui in aliena, ff. de acq. hæred. & per tex. in auth. de iureiur. à mor. præst. in princ. vbi hæres dicitur repræsentare defunctum actiuè & passiuè: & in adeunda hæreditate a filiofamilias, propter hoc iussus patris requiritur, scilicet propter obligationem contrahendam à filio cum creditoribus hæreditarijs. Sed hæc ratio vltima Decij tollitur à Rim. Iun. Quia in aditione consideratur commodum principaliter: nam titulus hæreditatis dicitur titulus lucratiuus, & quod in adeunda hæreditate commodum reperiatur, est text. inst. de societ. §. manet & l. inter stipulantem, §. si rem, vbi Ias. ff. de verb. oblig.

Tertiò impugnat rationem Bartoli Decius in d. l. 1. numero 27. dicens: non esse uerum præsuppositum Bartoli, quod filiusfamilias non possit obligari: voto: nam obligatur filiusfamilias voto, cum non est in præiudicium patris, ita Abb. in cap. scripturæ, de voto Roman. sing. 504. Habemus enim, quod filiusfamilias peccando obligatur diabolo, c. 1. de delictis puer. Ergo multò magis Deo debet obligari. Item, quia votum est quid spirituale, & in spiritualibus non attenditur patria potestas, c. fin. de iudic. lib. 6. Ideo concludit Decius, retorquendo illam Bartoli æquiparationem, quod sicut filiusfamilias ex uoto obligatur; ita etiam debet obligari in aditione hæreditatis, & agnitione bonorum possessionis. Sed argumentum Decij procedit de iure canonico, non de iure ciuili.

Quartò impugnat rationem Bartoli Rimin. Iun. ex doctr. Alciati lib. 5. parerg. c. 9. vbi Principes mittores fuerunt cum obligatis voto, ne tenerentur ultra uires suas. Item, quia aditio hæreditatis fit, etiamsi quis non accipiat realiter rem hæreditariam, l. gerit de acq. hæred. uotum autem non potest fieri sine rei promissione, d. l. 2. §. voto, ff. de pollicit. Item, quia si filiusfamilias non obligaretur in his, quæ dependent à uoluntate sua ut uoto, sequeretur, quod non posset obligari ex contractu, in quo uoluntas spectatur, l. sicut, C. de act. & oblig. l. 1. ff. de pact. Ideo cum hæc ratio Bartoli non sit bona, nec retenta à DD. ideò alia melior est indaganda.

Secunda ratio est Alexandri in l. 1. C. qui admi. & in d. l. qui in aliena. quia emolumentum & commodum acquiritur patri, l. Placet, ff. de acq. hæred. ergo non est iustum, ut filiusfamilias habeat onus soluendi debita, leg. secundum naturam, de reg. iur. Impugnant hanc rationem Aretin. in d. l. qui in alie-

na;

na: quia si hæc esset bona ratio, filiusfamilias non posset obligari ex contractu, ex quo omnia acquiruntur patri: & tamen ex contracto obligatur, l. filiusfamilias, de actio. & oblig.

Tertia est ratio Iasonis in d. l. 1. num. 3. quia hæreditas est quid indiuiduum, leg. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. ideo omnis actio siue ius & commodum debet esse apud vnam personam, quæ soluet creditoribus debita. Hanc impugnat Decius, num. 32. quia si valeret hæc ratio, filiusfamilias non obligaretur ex contractu: quia contractus sunt indiuidui, l. prima C. si adu. transf. lege si quis aliam, ff. de solut. l. quod si vno, ff. de in diem addict.

Quarta ratio est Aretini in d. l. qui aliena. quia ius adeundi non est penes filium: sed penes patrem, l. acquiritur, §. 1. de acq. rer. dom. Hæc non placuit Decio in d. l. n. 33. quia hoc non est verum, ius adeundi esse penes patrem: sed est fundatum in persona filij, Bar. in l. is potest, col. 3. de acq. hæred.

Quinta ratio est Cagnoli in d. l. 1. num. 37. ob magnitudinem præiudicij & ob graue æs alienum, vt in §. sciendum, inst. de hæred. qual. & diff. Hæc non est bona: quia idem est etiam in contractibus.

Sexta ratio est Rim. iun. quia alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri, l. Non debet, de regul. iur. & pater potest iniquam conditionem facere filio non ratificando, si filius oneribus hæreditarijs grauaretur. Hæc ratio non placet: quia casus non est solummodo, si pater non ratificat: sed casus est, quando pater ratificat, & tamen filius non remanet obligatus, idem pater censetur semper filij vtilitatem respicere.

Ego dico distinguendos esse duos casus. Primus est, cum filiusfamilias adit hæreditatem sine consensu patris, vel agnoscit bonorum possessionem: & tunc non obligatur. Ratio est: quia talis aditio & agnitio nihil est, & id quod non est, nullum producit effectum, cap. non præstat de reg. iur. in 6. & quod sit nulla talis agnitio, & aditio patet. Quia si valeret agnitio filij sine ratificatione patris, sequeretur quod si pater ratificaret talem agnitionem factam per filium vltra centum dies, valeret talis ratificatio, vt tradit Bart. in d. l. 1. numero 11. & Cagnol. num. 67. At pater non potest ratificare transactis centum diebus, l. fin. ff. quis ordo in bon. poss. seru. Alter casus est, quando filiusfamilias adit cum consensu patris, vel agnoscit bonorum possessionem patre postea ratificante: & tunc non obligatur. Ratio est: quia, si filiusfamilias adeundo obligaretur, deberet esse hæres, sed non est hæres: sed pater est hæres, ideò impossibile est duos hæredes esse in solidum, lege placet, de acq. hæred. At in contractibus non est inconueniens, quod duo sint obligati insolidum, inst. de duob. reis in princ. ideò in contractibus filiusfamilias obligatur, & etiam pater, l. contra iuris, §. si filios. vbi Ias. num. 9. ff. de pactis. Et hæc ijs, quæ altàs scripsi lib. 5. cap. 75. addenda esse volui.

CAPVT XXXIX.

Ad l. primam, C. qui adm. quomodo accipiatur illud verbum etiam.

VErba textus hęc sunt: *Bonorum possessio filiofamilias delata, cùm ignorante quoque patre possit peti emolumentum etiam patri allatura, si tamen petitionem pater habuerit, amittitur transacto tempore, sine die & consule.* Difficultas oritur: quia dictio etiam implicat casum minus dubitabilem, vt notat Bar. in l. 1. C. etiam per procur. gl. in clem. 2. in versic. ecclesiæ, de hæret. Ideò cum textus dicat, etiam patri: implicare videtur, quod filio acquiratur. Quod est falsum, & contra tex. in l. placet, de acq. hæred. Respondet Bar-

A tolus num. 3. dictionem illam non seruare hoc in loco suam naturam: quia resultaret prauus intellectus: quæ responsio satisfacere non potest.

Secundò igitur loco dicebat Alex. implicare non respectu personæ: sed respectu facti, quasi dicat: bonorum possessio non solum per filium agnosci potest patre ignorante; sed etiam emolumentum ipsi patri allatura est. Non placuit Decio nu. 45. Quia verba textus referuntur ad personas; non autem ad factum.

Tertio igitur loco dicebat Baldus in eadem l. opp. 28. hanc dictionem etiam seruare naturam suam, etiam respectu personæ: quia bonorum possessio acquiritur filio, & postea patri. Quod non placet: quia non acquiritur filio, vt probatur ex d. l. Placet, de acq. hæred.

Quarto loco dicebat Salycet. implicare hoc modo, videlicet: quòd bonorum possessio non solum patri emolumentum allatura sit: sed etiam filio, quia filius
B viuente patre existimatur dominus, l. in suis, ff. de lib. & posth. Non placet, quia filio nihil acquiritur viuente patre.

Quinto loco dicebat Decius n. 45. dictionem, etiam, aliquando significare affirmationem: sicut quando in Euangelio dicitur: etiam Domine. Reijcitur à Rimunald. iun numero 199. & meritò: quia dictio etiam tunc significat affirmationem, quando præcedit interrogatio.

Sexto respondet Ias. num. 5. sensum esse, vt bonorum possessio peti possit, non solum patre ignorante, sed etiam afferat emolumentum ipsi patri. Quæ expositio eadem est cum expositione Alexandri supra relata.

Septimò Alciat. lib. 4. parad. capit. 3. dicit hanc dictionem implicare respectu filij in bonis maternis: quia acquirebantur filio, l. penult. ff. ad Tertull. Non
C placet: quia verius est bona materna filio fuisse acquisita, ex lege Constantini, & non prius, l. 1. Cod. de bon. mater.

Octauo respondet Rim. iun. dictionem, etiam, implicare respectu oneris hæreditarij, quod totum pertinet ad patrem. Quasi dicat Imperator: non solum emolumentum patri allatura est, sed etiam onus. Non placet: quia istud tacitè intelligitur, vt si habet commodum, habeat etiam onus.

Ego puto, hunc esse sensum Imperatoris, quia absurdum videbatur, quod bonorum possessio, ignorante patre, filio delata amitteretur transacto tempore, cum ipsi patri emolumentum esset allatura. Et sic puto hanc dictionem, etiam, idem operari, ac si diceretur, etiamsi patri bonorum possessio emolumentum allatura sit, & etiamsi ignorante patre filiofamilias sit delata, nihilominus amitti transacto tempore. Ratio est, quia ignorante
D quoque patre peti potuit, meritò si non fuit petita intra tempus constitutum, amittitur, quamuis emolumentum patri allatum esset, si eam filius petiuisset, & pater ratam habuisset. Hanc verò solutionem, ac intellectum acceptum ferre debent studiosi Decio Archinto Mediolanensi, iuueni ad omnem virtutem & gloriam nato, cùm ei totam hanc difficultatem contulissem, statim mihi hanc suam sententiam aperuit, quam toto pectore amplector & probo.

CA-

CAPVT XL.

De clausula (omni meliori modo) Additio ad cap. vltimum lib. 10.

DE clausula(omni meliori modo)aliquid scripsi lib. 10. cap. vlt. Addo nunc, quod nuper obseruaui apud Verallum decis. 114. lib. 1. & apud Viuium decis. 395. num. 5. Aondedeum consil. 44. num. 34. lib. 1. Tunc demum operari effectum suum clausulam hanc(omni meliori modo)cum adiecta est eidem dictio &c: quia tunc apparet hoc voluisse disponentem, vt eius dispositio non restringeretur ad eum modum, qui fuit expressus; sed vt sustineretur etiam omnia in meliori modo, quo fieri potest.

CAPVT XLI.

Venditione rescissa ex remedio l. 2. C. de rescin. vend. an fructus sint restituendi.

SCripsi hac de re satis prolixè lib. 2. c. 24. & nunc addo scriptis meis, videndos esse super hac quæstione Oddum de restit. in int. q. 45. art. 2. num. 28. & Ludou. Molinam de contractib. disput. 349.

CAPVT XLII.

De eo, qui confessus est, se hominem occidisse ad sui defensionem, an condemnari debeat in pœnam extraordinariam, vel ordinariam?

SCribit Abbas in cap. Auditis, num. 33. & ibidem Felin. num. 30. de præscrip. confitentem se homicidium perpetrasse ad sui necessariam defensionem extraordinaria pœna afficiendum esse, vbi aliæ non sunt probationes, quibus reus de delicto sit conuictus. Quam sententiam & Practicos & Theoricos frequentissimè secutos fuisse adductis authoritatibus latissimè probat Farinacius Tit. de reo confesso & conuicto q. 81. num. 157. vt mihi non sit opus eas huc transferre.

Fundamentum est: quia, vt quis pœna ordinaria afficiatur, probationes debent esse luce meridiana clariores, lege vltim. Cod. de prob. Et ideò vel confessus esse debet reus, vel planè conuictus, l. Qui sententiam, C. de pœn.

Contrarium multi voluerunt. Sarmientus lib. 1. sel. cap. 1. num. 11. Socin. in l. 1. post num. 33. si cer. pet. & in leg. Non vtique, de except. allos commemorat Mascard. de prob. lib. secundo, concl. 897. num. 9. Horum fundamentum est: quia omne maleficium præsumitur malo animo factum, & dolosè ac illegitime; leg. 1. C. de sicar. cap. 1. de præsumpt. Cæterum animaduertere oportebat, haoc præsumptionem solam non sufficere ad incurrendam ordinariam pœnam. Fateor non excusari eum, qui hominem occidit, si pro sua defensione dixerit ludens feci: non dolo id commisi: non enim excusari debet propter istas allegationes, vt probatur in dd. locis & multis alijs similibus. Verùm nos hic non agimus de reo excusando, sed potius de eo puniendo: quia vero certi non sumus, falsam esse illius allegationem, quod scilicet occiderit ad suam defensionem; ideò in mitiorem partem inclinantes, cùm non sit conuictus, neque confessus; simpliciter condemnandum existimamus extraordinaria pœna. Scio, doctissimum

A Sarmientum diligenter laborare, eo in loco pro destruẽda communi opinione vsu etiam recepta, quæ statuit imponendam esse extraordinariam pœnam reo vehementioribus argumentis oppresso. Sed nos alibi explicauimus, quid de tota hac re sentiamus ab eius opinione dissentiendo.

CAPVT XLIII.

Pœna extraordinaria sit ne afficiendus testis, cui crimen obijcitur per modum exceptionis, si de eo confessus sit, vel conuictus?

SVmmus Pontifex in cap. primo de exceptio ita scribit: *Cæterum, si de criminibus ad solam exceptionem obiectis testes conuicti fuerint, siue confessi, pœna ordinaria mulctari non debent, cùm accusatio in ipsos,*
B *secundum iuris ordinem, non procedat: sufficit ergo si à perhibendo testimonio repellantur.*

Et in cap. 2. de ordi. cogn. ita scribit, *quemadmodum, si in modum exceptionis aliquod crimen testi obijcitur, vt à testimonio repellatur, etsi crimen contra eum ciuiliter probatum fuerit, non ideò sibi pœna infligitur ordinaria, sed eius duntaxat testimonio non creditur; quod ea ratione contingit, quoniam in eum accusatio non præcedit.* His verbis existimatum est à multis, huiusmodi testem saltem extraordinaria pœna mulctandum, quos latè congessit Farinacius tit. de reo confesso & conuicto q. 81. num. 266.

Imola in d. c. 1. num. 9. diuersam babuit opinionem existimans: cessare etiam pœnam extraordinariam, & ibidem Felin. num. 9. Dec. num. 15. alios commemorat Farinac. vbi sup. num. 268.

Breuiter puto concludendum cum hac posteriori
C sententia. I. Quia ratio, cur non mulctetur pœna ordinaria, assignatur in textu videlicet; quoniam accusatio non præcessit. Hæc sanè ratio locum habet etiam respectu pœnæ extraordinariæ: quia, vbi accusatio non præcedit vel inquisitio, vel quid simile, nullibi sancitũ est, quempiam puniendum esse.

Nec obstat textus in l. Nullum, C. de testibus, quia ibi testis offendit aures iudicis falsum dicens: meritò potest puniri. Qua responsione vtitur etiam Imola loco sup. citato. II. Quia non rectè videtur sumi argumentum à contrario sensu. Testis non potest puniri pœna ordinaria, ergo potest puniri pœna extraordinaria: quia statim S. Pont. subijcit: *sed eius duntaxat testimonio non creditur*. Quibus verbis indicat, nullam aliam pœnam subire in iudicio illo: in alio autem iudicio fortè punietur, præcedente aliqua accusatione, vel inquisitione. III. Cùm hæc res sit dubia interpretatione, pœnæ sunt potiùs molliendæ quàm
D exasperandæ, &, minor pars est amplectenda, l. interpretatione, ff. de pœnis, c. in pœnis, de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XLIV.

Consensus Summi Pontificis, an præsumendus sit interrcessisse spatio 30. vel 40. annorum in alienatione bonorum ecclesiasticorum?

SCripsi hac de re lib. 10. conteou. cap. 67. Nunc addendum esse putaui responsum super hac re, quod pro Sancto officio Florentiæ dedi huius tenoris. Quæ opponuntur doctè & subtiliter aduersus admodum Reuerendum P. inquisitorem, uti Rectorem Ecclesiæ S. Petri Gheradij de Florentia in præsenti iudicio hæc sunt. Quia cùm bona emphyteutica per Iulianum possessa fuerint spatio quadraginta

ginta annorum, & is ſoluerit debitum canonem, confirmatio Apoſtolica & omnes aliæ ſolennitates de iure requiſitæ præſumuntur interueniſſe ad trad. per DD. in l. ſciendum, ff. de verb. obl. & per canon. in cap. ſicut, de re iud. & in c. peruenit, de empt. & vend. Dec. conſ. 85. colum. 1. Ruin. conſil. 105. num. 5. lib. 5. Capic. deciſ. 4. num. 26. & deciſ. 16. in princ. & ne ſpatio triginta annorum Anchar. conſil. 136. num. 2. Dec. conſil. 36. col. pen. & conſil. 152. num. 3. Gab. tit. de præſ. concl. 1. num. 18. Crau. conſil. 217. num. 2.

Et in ſpecie de confirmatione Papæ, quod præſumatur bene placitum Apoſtolicum ex ſpatio triginta annorum, Gab. tit. de præſumpt. concluſion. 1. num. quarto. Dec. conſil. 341. numero 12. & 13. Hieron. Gabriel. conſil. 88. num. 14. lib. 1. & conſil. 82. Rota Rom. deciſ. 179. par. 2. in nouiſſ.

Reſpondetur, omiſſa diſputatione circa alias ſolennitates requiſitas in alienatione rerum eccleſiaſticarum & loquendo de conſenſu S. Pontificis, quandoquidem de hac ſola ſolennitate in præſenti cauſa agitur, veriorem & communiorem opinionem eſſe in contrarium, quòd immò conſenſus S. Pontificis in alienatione rerum eccleſiaſticarum requiſitus, non præſumatur interueniſſe ex curſu 30. vel 40. annorum, cùm veriſimile non ſit, quòd ipſe Pont. habuerit ſcientiam talis contractus & alienationis. Ita Bald. in leg. 2. C. de legit. hæred. Alexand. conſil. 9. num. 7. lib. 5. & conſil. 17. num. 8. lib. quarto, Afflict. deciſ. 107. colum. vlt. Crau. de antiq. temp. in tertia par. prin. num. 68. in princ. Qui ob id inferunt, quod allegans præſumptionem ſolennitatis, conſenſus vel licentiæ Principis & ſuperioris probare debet, quod is Princeps ſciuit contractum ſic confectum fuiſſe. Hanc declarationem probarunt Felin. in cap. Alberic. in fine de teſtib. in c. illud, numero 7. de præſ. in c. ſicut, num. 33. verſi. bene fateor, de ſent. & re iud. Ruin. conſil. 35. colum. quarta, lib. tertio & conſ. 23. numero 19. lib. 5. Crot. in leg. ſciendum, numero 25. verſi. tertio fallit, de verb. oblig. Ripa lib. ſecundo reſp. c. 22. num. 11. qui teſtatur communem eſſe opinionem. Idem decidit Capic. deciſ. 4. num. 29. & 30. Menoch. de præſumpt. lib. tertio præſ. 132. num. 70. Aonded. conſil. 31. numer. 35. lib. 2. vbi adducit Corneum Cacheran. Rol. à Valle & Hieron. Gab.

Non obſtant authoritates in contrarium allegatæ; quia quantum attinet ad Gabriel. concl. 1. de præſ. num. 4. ille nihil firmat pro contraria opinione; immò videtur amplecti hanc opinionem noſtram dicens: *Limita vt ex diuturnitate temporis non præſumatur Papæ conſenſus requiſitus in alienatione rei eccleſiaſticæ.* & adducit Alex. Felin. & Ruin. Poſtea Gabriel dicit hæc verba: *Contrarium vt etiam Papæ conſenſus præſumatur in alienatione rei eccleſiaſticæ ex curſu temporis tenuit deciſ. Neap. 4. col. pen.* Ex quibus verbis apparet, ipſum amplexum fuiſſe opinionem noſtram quod non præſumatur; licet in contrarium allegauerit dictam deciſionem.

Quantum verò attinet ad Decium allegatum in conſil. 341. num. 12. & 13. Reſpondeo, Decium non loqui de conſenſu Papæ: quia conſenſus Papæ ibi interuenerat ex commiſſione facta per ipſum Papam. Sed loquitur tantum in genere de ſolennitatibus requiſitis, quod præſumantur ex curſu temporis adducendo conſilium Anchar. 136. quod incipit ex conſilijs, vbi ſimiliter Anchar. nullum verbum facit, de conſenſu Papæ.

Ad auctoritatem Gabrielij in allegato conſil. 83. numero 14. lib. 2. Reſpondeo: Gabrielium loqui, quando adeſt curſus temporis immemorialis. Erat enim lapſum tempus annorum 129. in caſu, de quo ipſe loquitur. Conſtat autem tempus immemoriale habere vim priuilegij, & conſenſus ſpecialis, & multa

A alia operari, quæ non operatur curſus 30. vel 40. annorum, ut notant Canon. in cap. 1. de præſcript. libro 6. & in cap. ſuper §. Præterea, de verb. ſign. & legiſta in l. hoc iure, §. ductus aquę, ff. de aqua quotid. & æſtiu.

Non obſtat auctoritas eiuſdem Gabriel. conſil. 82. numero 30. lib. 2. quoniam ad hanc auctoritatem reſponſio patet ex traditis libro decimo, controuerſ. cap. 67. vbi apparet doctrinam Gabrielij non eſſe iuri conſentaneam. Quia non poteſt conſiderari conſenſus, & ratificatio ſine ſcientia S. Pontificis; & ſcientia non prǽſumitur, ſed probari debet, Lucrius, de proba. c. ignorantia, de reg. iur. in 6. Et cùm hęc ſit verior & communior ſententia, quod conſenſus Pontificis Maximi non ſit prǽſumendus ex lapſu 30. uel 40. annorum; quia prǽſumitur ignorare alienationes iſtas, & ideò debet probari ſcientia ipſius. Res videtur clariſſima, quod nihil ſit deferendum auctoritati Gabrielij. Non obſtat B auctoritas Rotæ 179. deciſi. quam & ipſe Gabriel. allegat; quia debet intelligi data ſcientia S. Pontificis, & non aliter; alioquin impoſſibile eſt prǽſumere conſenſum Pontificis. Quia nemo conſentit in id, quod ignorat, ſicuti in puncto noſtro diſertè probant, & deducunt DD. ſupra allegati.

Quibus ſic ſtantibus, non puto operę pretium eſſe, reſpondere ad illam generalem concluſionem, quę ponitur in dubijs quod ex curſu 30. annorum prǽſumantur ſolennitates requiſitę: quia quicquid ſit de alijs ſolennitatibus, dico, illam concluſionem non habere locum in conſenſu Papę, requiſito in alienatione rerum Eccleſiaſticarum, per ea quę ſupra adducta ſunt. Addo ex abundanti, concluſionem illam: quod ſolennitates prǽſumantur ex curſu 30. annorum, locum non habere, quando talis eſt ſolennitas, cui partes renuntiare non poſſunt, Bart. in l. ſciendum, numero 3. & 4. de verb. oblig. Oſac. deciſ. Pedem. 173. C numero 6. Menoch. lib. 3. prǽſumpt. 131. numero 95. Aonded. conſil. 31. num. 37. & 38. Talis autem eſt ſolennitas conſenſus S. Pontificis: quia non poteſt illi renuntiari per partes contrahentes, vt habetur in extrauag. ambitioſæ, de reb. Eccleſ. non alien. & in alijs Pontificijs Conſtitutionibus ſuper hac materia, de alienatione rerum Eccleſiaſticarum, quę omnibus ſunt notiſſimæ.

Ceſſat etiam dicta prǽſumptio ſolennitatum ex curſu triginta annorum, quando ex inſpectione inſtrumenti apparet eas non interueniſſe, qui eſt caſus noſter. Abb. conſil. 61. col. ultim. lib. 1. Fel. in cap. ſicut, numero 33. de re iud. Caſtrenſ. conſil. 81. num. 3. lib. 1. Menoch. d. prǽſ. 131. num. 79. lib. 3. Gabriel. d. concl. 1. de prǽſ. numero 57. in 4. limit. Maſcar. de prob. uol. 3. concl. 136. num. 33. Aonded. d. conſil. 31. num. 38. lib. 2. Ex quibus exiſtimo dubia doctè, & ſubtiliter excitata, fuiſſe D ſoluta.

CAPVT XLV.

Vtrùm filij poſiti in conditione in legatis cenſeantur vocati?

Filios in conditione poſitos in legatis cenſeri uocatos, omnium primus docuit Angelus in l. in legatis, C. de legatis, quem ſecuti ſunt pluimi, quos commemorat Ioſephus de Ruſticis tom. an & quan. liberi in cond. poſ. lib. 3. cap. 2. Motius: quia legata particularia facilius dantur, & transferuntur, cum etiam nutu relinqui poſſint, l. nutu, de legat. 3. non ſic hęreditates, l. hęredes palam, ff. de teſtam. l. iubemus, C. eod. tit. Et quia in legatis non

eſt

CAPVT XLVIII.

Additio ad cap. 89. lib. 6. de donatione omnium bonorum præſentium, & futurorum reſeruato vſufructu an ualeat?

ADde pro ſententia noſtra Crauet. conſil. 222. numero 4. libro ſecundo, & conſilio 915. numero 5. libro 5. Roland. à Valle conſil. 65. numero 5. libro 1. Natta conſilio 146. numero 11. lib. primo. Gabr. conſilio 139. numero 1. libro 1. Rimin. iun. conſilio 167. numero 14. & ſeq. libro ſecundo, & conſilio 234. numero 89. & ſequen. & conſilio 242. numero 59. libro 3. Ruin. conſilio 51. libro primo. Iaſon conſilio 211. numero 10. libro ſecundo, & conſil. 137. numero 10. libro quarto. Grat. conſilio ſeptuageſimo, numero duodecimo, libro primo. Lauren. Hirco. commun. opinion. cent. 1. concluſione 90. Aonded. conſilio trigeſimoſeptimo, numero trigeſimotertio, libro primo.

CAPVT XLIX.

Additio ad capit. 14. libro 7. de alienatione emphyteuſis irrequiſito Domino facta.

ETſi magna ſit diſputatio circa feudi alienationem factam Domino irrequiſito, an aperiatur Domino, uel agnatis: ergo tamen eorum ſententiam veriorem eſſe dixi, libro 7. capit. 24. qui exiſtimarunt, Domino aperiri; non autem agnatis. Cęterum in emphyteuſi res eſt (iudicio meo) clariſſima: eam ſcilicet, ad Dominum reuerti; non autem ad alios vocatos, ſi alienetur irrequiſito domino per text. in l. vltima, C. de iure emphyt. omni ſcilicet fraude ceſſante, & dolo. Atque ita omni concludendum puto ex trad. per Valaſcum, de iure emphyt. quæſt. 49. nume. 2. & per Corbulum, de iure emphyt. cap. 14. ampliat. 44.

CAPVT L.

Sciens, & patiens, an uideatur conſentire?

CVm diſputant DD. in rub. de verborum oblig. de pollicitatione, quærunt; an ſit pactum, vel pollicitatio, cum aliquid præſenti offeratur, quod commodum eius reſpicit: quia tacitè conſentire uidetur, ſimul variè diſtinguunt, an præſens, & tacens conſentire uideantur. Maior pars cenſet conſentire, ſi de tacentis vtilitate agatur: ſecus autem, ſi de incommodo eius, & onere. Alij dicunt, præſentem habe ri pro conſentiente, quando vltra præſentiam aliquod factum interuenit.

Omnia hæc diſcuſſi ego libro octauo, cap. 64. aliquid etiam dixi libro 7. cap. 80. an & quando præſens, & tacens uideatur conſentire. Nunc in mentem uenit conſtituere hanc concluſionem. Quotieſcunque præſens, & tacens patitur aliquid fieri, quod impedire poteſt contradicendo, is conſentire uidetur: nec refert, an reſpiciat commodum, vel incommodum.

Probatur in l. quoties, ff. ad municip. in l. honores. §. vlt. ff. de decurio. in l. in ſponſalibus, §. vlt. ff. de ſponſal. in l. item quæritur, §. vlt. ff. locati. in l. ſi remunerandi, §. ſi paſſus, & in l. qui patitur, ff. mand. & in l. ſi fideiuſſor, C. eod. & in l. cum oſtendimus, §. vlt. ff. de fideiuſſ. Tutor. in l. qui ad certum. ff. loca. in l. 1. §. Magiſtrum autem, in l. ſæpe, de re iudic. in l. in adoptionibus, de adoptio. in l. ſi tamen. ff. ad Macedon. in l. quidam, de euict. in l. 2. §. uoluntate. ff. ſo. matrim. in l. vltim. ff quando app. ſit, in authen. ſi ſeruus, C. de epiſc. & cler. in l. ſi ut proponis, C. de nupt. in l. ab eo, C. quomodo, & quan. iud. & in l. 1. C. de patr. poteſt. Hæc omnia prioribus ſcriptis meis addi poſſe uidentur.

CAPVT LI.

An aſcendentes grauati per fideicommiſſum detrahere poſſint duas quartas?

DIxi libro 5. cap. 2. filium rogatum reſtituere hæreditatem, detrahere poſſe dimidiam partem: quia legitima, quæ eſt tertia pars, non eſt ſubiecta fideicommiſſo, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam. ex alijs autem octo vncijs quartam habere debet ex Senatuſconſulto Trebell. quæ iuncta cũ legitima facit ſemiſſem.

Nunc quæritur, an idem ſtatuendum ſit in aſcendentibus grauatis? & quidem non eſt eadem omnium ſententia, ut uidere licet ex Iaſone in authen. ſi quamulier, C. de ſacroſanct. eccleſ. ex Roland. in conſi. 59. numero 9. lib. 1. Crau. conſi. 110. Ludou. Molina, de primog. Hiſpan. lib. 1. cap. 17. numero 5. Peregr. de fideic. ar. 3. num. 53.

Fundamentum eorum, qui negant, in hoc conſiſtit: quia in aſcendentibus nihil eſt immutatum, nec vllo iure cautum reperitur Ciuili, vel Canonico, quòd vltra quartam vnam detrahere poſſit.

Fundamentum verò eorum, qui affirmant, conſiſtit in eo: quòd in aſcendentibus eadem ratio militare videtur, quę in deſcendentibus. Et hęc ſententia videtur mihi iuri conſona, quia tex. in dicta leg. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtamen. diſponens grauamen legitimę adiectum pro non ſcripto haberi, non ſolum loquitur de legitima filio debita; ſed etiam parentibus, ut patet ex illis verbis: *Vt ſi quid minus legitima portione his derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, &c.*

His etenim verbis palàm eſt omnes contineri, quibus querela competit de inofficioſo teſtamento, inter quos parentes eſſe nemini dubium eſt, l. nam etſi parentibus, ff. de inoffic. teſtam. Licet ergo expreſsè nihil ſit innouatum in parentibus: eadem tamen ratio locum habet in eis, & conſequenter eadẽ iuris diſpoſitio. Quia, vbi expreſſa eſt ratio in lege, ſemper ſit extenſio etiam in correctorijs: imò non eſt extenſio, ſed potiùs comprehenſio, Ripa in l. ſi conſtante, num. 63. ff. ſoluto matr. Ergo parentes detrahent legitimam tanquam parentes, & tanquam extranei Trebellianicam, ſicut in filijs conſtitutum eſt, in cap. Raynut. & cap. Raynaldus, de teſtam.

CAPVT LII.

Filius grauatus legatis vltra dodrantem, an poſſit detrahere legitimam, & etiam Falcidiam?

COntrouertunt etiam DD. an filius hæres inſtitutus, & oneratus legatis vltra dodrantem detrahere poſſit legitimam, & Falcidiam pleriſque aſſerentibus; alijs verò negantibus. Vide Socin. iun. conſilio 136. numero duodecimo, & Pariſ. in eodem caſu conſultatum reſpondentem conſilio quadrageſimotertio, numero 71. libro 3. pręter hos Fulgoſ. in l. quamquam, C. ad leg. Falcidiam, & in conſilio 26. Alexand. in l. in ratione, §. quod volgo, numero 11. ff. eodem, & conſi. 139. libro 1. Mantic. de coniect. lib. 7. tit. 2. Gabr. conſil. 16. num. 28. lib. 1. Molin. de primog. Hiſpan. lib. primo, capitul. 17. numero 6. Peregr

de fideicommiss. articulo 3. numero 55.

In hoc conflictu existimo ego veriorem sententiam affirmantium; quia ratio posita in cap. Rainutius, & Rainaldus, de testam. locum habet etiam in casu isto: quia scilicet, filius detrahit legitimam, vt filius: Falcidiam verò, vt quilibet extraneus. Rursus, quia legitima non est comprehensa in fideicommisso. Ergo sub fideicommisso remanent octo vnciæ hæreditatis, quæ si fuerint nimium grauatæ legatis, meritò pro aucto. ritate legis Falcidiæ minuentur: quia nihil proponi potest, cur cessare debeat isto in casu lex Falcidia, cum nec à lege, nec à testatore fuerit prohibita.

Fundamentum contrariæ opinionis in hoc consistit: quia nulla lege cautum reperitur, filium detrahere posse legitimam, & etiam Falcidiam: quia textus iuris Canonici loquuntur de Trebellianica; non autem de Falcidia.

Responderi potest: rationem eandem militare in Falcidia (vt dixi,) nec contrarium decisum esse de Falcidia, adeo vt ex hoc iuris interdictio inducatur: Etenim, iure Ciuili inspecto, casus iste omissus est. Cum igitur iure Canonico decisus sit in Trebellianica, & ratio eadem militet in Falcidia, nihil proponi video, cur idem & in Falcidia statuendum non sit.

Non obstat, quod inquit D. Mantica fructus in Falcidiam imputari, ad trad. per gloss. in l. quod de bonis, §. fructus, ff. ad l. Falcid. & consequenter non esse locum detractioni legitimæ, & Falcidiæ. Siquidem receptum est Trebellianicam, & legitimam detrahi posse; quoniam fructus in Trebellianicam imputari non possunt, l. iubemus, C. ad Trebell. Quia respondeo: legitimam, & Trebellianicam simul detrahi posse ex rationibus iam dictis: non autem ex eo, quòd fructus non imputentur in Trebellianicam: legitima enim detrahitur, quia non est subiecta fideicommisso, l. quoniam, C. de inoff. testamen. de residuo verò, quod fideicommisso obnoxium est, Trebellianica detrahitur. Et hoc est, quod dicit S. Pontif. in dicto cap. Rainutius, filium detrahere legitimam, vt filium: Trebellianicam autem, vt extraneum. Nihil igitur refert, an fructus imputentur in Falcidiam, uel non imputentur: satis est nobis vtramque detractionem permissam censeri, quicquid postea in alterutram imputari, aut compensari debeat.

CAPVT LIII.

Additio ad cap. 3. lib. 5. in quo agitur de Trebellianice detractione, ubi legitima est semis?

QVod legitima, & Trebellianica detrahi non possit a filijs grauatis restituere hæreditatẽ, quando legitima est semis propter numerum filiorum aliqui dixerunt, quos retuli lib. 5. c. 3. istis addo nunc Panciról. consi. 69. num. 14. & consi. 124. nu. 11. & Matthæat. in tract. de via, & ratione iuris lib. 2. cap. 25.

Contrariam sententiam secutus fui rationibus ibi adductis, & hanc etiam nunc sequor addendo alios auctores eiusdem sententiæ, videlicet plurimos allegatos à Peregrino de fideicommissis, articulo 3. numero 56. qui præter numerum Doct. quos adducit, rationes etiam attulit tam efficaces, & viuas, ut iam non dubitem affirmare, hanc esse verissimam sententiam, transituramque fecisse in iudicatum. Rationes autem non describo, neque auctores; quoniam liber est satis celebris, atque vulgatus. Ideoque omnia apud eum videri possunt.

A

CAPVT LIV.

Additio ad cap. 38. lib. 4. an amittatur Trebellianica ob non confectum inuentarium?

SCripsi libro 4. capitulo trigesimooctauo, hác de re. Sed nunc inueni sententiam nostram multis legibus, rationibus, auctoritatibus, decisionibus cum responsione ad contraria argumenta ita munitam, & confirmatam apud Peregrinum, de fideicommissis, art. 3. numero 73. cum multis seqq. vt iam non dubitem affirmare: hanc esse ipsissimam veritatem. Describerem omnia, quæ apud eum reperiuntur, si putarem operæ pretium fore. Sed liber est iam satis vulgatus: non putaui necessarium esse, sit ergo relatum in referente cum omnibus qualita-
B tibus suis, doctissimique, ac celeberrimi viri industria, ac labor valeat nobilis, atque inseruiat pro veritate stabilienda. Cuius solius amore, & studio moti fuimus, atque mouemur in his nostris controuersijs expediendis.

CAPVT LV.

De eo, qui omisit aliquid ponere in inuentario scienter, an amittat beneficium inuentarij? additio ad cap. 66. lib. 10.

SÆPE dixi; omittentem aliquid scienter, & dolosè ponere in inuentario, amittere beneficium inuentarij. Sed nouissimè reperi Peregrinum de fideicommiss. artic. 3. numero 83. reuocantem
C hoc in dubium, & quasi distinguentem inter legatarios, & creditores. Respectu legatariorum (ait) amittere beneficium inuentarij: at non respectu creditorum. Non placet: quia fauorabilior est causa creditorum, quam legatariorùm, argumen. l. vltim. in fine, C. de codicill. Deinde: quia textus in l. vltima, §. licentia, C. de iure delib. imponens pœnam dupli, non distinguit inter legatarios, & creditores: imò verò eos æquiparat, addo quod si pœna dupli locum haberet, illa militaret tam respectu legatariorum quàm creditorum.

Magis est igitur, vt dicamus: idem esse in creditoribus, quod in legatarijs. Et aduertendum est, quantum ad legatarios attinet, textum in §. hinc nobis, in authen. de hæred. & Falcid. quo nititur sententia nostra de amissione beneficij inuentarij, non hoc tantum velle, ut hæres Falcidia priuetur (vt videtur innuere doctissimus Peregrinus) quoniam apertè sta-
D tuit, hæredem teneri vltra vires hæreditarias. Quod nihil est aliud dicere, quam amittere beneficium inuentarij. Huc enim tendunt illa verba ni fallor. *Complebit legatarios, & fideicommissarios, quamuis pure substantia morientis transcendat legatorum, & fideicommissorum datio.*

CAPVT LVI.

An filius approbando testamentum patris per simplicem hæreditatis aditionem possit detrahere Trebellianicam à testatore prohibitam?

POsito, quod Trebellianicæ detractio prohiberi non possit in liberis primi gradus, quod satis prolixè contendit Peregrin. de fideicommiss. artic. 3. numero 107. Et nos contrà sentimus, (vt alias

A alias disputatum est :) nonnulla tamen controuersia est; an filius adeundo hæreditatem patris ex testamento, in quo Trebellianicæ detractio est prohibita, sibi præiudicet circa eius detractionem, quasi videatur approbare patris testamentum, atque adeò hanc ipsam detractionis prohibitionem. Et sunt, qui affirmant, sibi præiudicare, vt non possit amplius eam detrahere, vt post Signorol. Bellon. Rimin. iun. & alios respondit Aunded. in consilio 59. numero quadragesimo, libro primo, & Menoch. in consil. 164. num. 29. & consil. 408. num. 145.

Fundamentum est : quia adeundo hæreditatem repræsentat personam defuncti : & ideò videtur obligatus ad omnia ea obseruanda, quę defunctus fecit atque disposuit : nec ei licet partem approbare, & partem improbare.

Hoc fundamentum fragile mihi videtur, quandoquidem supponimus in hac disputatione, prohiberi non posse detractionem hanc liberis primi gra- B dus. Si prohiberi non potest à testatore : ergo non potest facere testator, quod valeat huiusmodi prohibitio : quia nemo potest facere, quominùs leges habeant locum in suo testamento, l. nemo potest, de leg. 1. Ergo neque hæres simpliciter adeundo hæreditatem poterit hoc efficere. Tenetur ergo hæres approbare disposita à testatore, quando sunt de iure valida; in dubio autem non videtur approbare ea, quæ non valent, nisi expresè renunciet iuri suo, quod potest, l. penult. C. de pactis, quod videtur facere, quando approbat testamentum in omnibus suis partibus, & tunc communis est, & vera sententia : si ium sibi præiudicare, nec posse Trebellianicam detrahere, quam testator prohibuit secundum sententiam Anchar. consilio 152. quæ commun. est, & vera, vt per Peregrin. de fideicomm. articulo tertio, num. 119.

Cùm igitur de ea approbatione testamenti agitur, C quæ per simplicem hæreditatis aditionem inducitur, concurro in sententiam eorum, qui dixerunt : filium posse nihilominùs Trebellianicam deducere. Primò : quia adeundo hæreditatem videtur quidem gerere se pro herede atque in hac parte testamentum approbare : sed non inde infertur : eum renunciare iuri suo impugnandi scilicet dictam prohibitionem. Quia nunquam præsumenda est renunciatio, nisi expresè dicatur, l. cum de indebito, ff. de probatio. Secundò : quia filius adeundo hæreditatem, non videtur velle augere vires testamenti, vimque & robur adijcere dispositioni paternæ, quæ nullius est momenti, vt bene deducit Gabriel in consil. 96 num. 3. & 4. lib. 1. Tertiò : quia Trebellianica detrahitur ferè semper contra voluntatem testatoris, l. Titia, ff. ad l. Falcid. Ergo semper videretur hæres adeundo sibi pręiudicare in ea detractione. Quamobrem conclu- D do veriorem esse hanc posteriorem sententiam pro filio, vt respondit Curt. sen. consil. 75. numero 6. Dec. consil. 236. num. 4. Paris. consil. 47. num. 9. lib. 2. Eugen. consil. 38. num. 19. Gabr. consil. 96. numero 2. lib. 1. & alij quos refert, & sequitur Peregrin. de fideicommis. artic. 3. num. 118.

CAPVT LVII.

An Trebellianicæ detractio possit prohiberi in codicillis?

QVoniam hæreditas in codicillis, neque dari, neque adimi potest, §. codicillis autem, instit. de codic. Hinc multi responderunt : Trebellianicam prohiberi non posse in codicillis, cùm sit quarta pars hereditatis, Bald. consil. 424. lib. A 2. Curt. iun. consil. 70. num. 16. Alciat. in l. licet. num. 8. C. de pactis, & in consil. 113. num. 13. lib. 9.

Hoc fundamentum militaret, nisi contrarium esse iure cautum de Falcidia, quę quidem Falcidia est quarta pars hęreditatis : & tamen in codicillis prohiberi potest, §. vlt. in auth. de hęred. & Falcid. in illis verbis : *Hæc omnia obtinere similiter, & secundum antiquam obseruationem, & in non scriptis testamentis, & in omni vltima voluntate sancimus.* Huc accedit, quòd prohibere Trebellianicam, non est directè auferre hęreditatem, vel partem eius : sed per obliquum, quoniam heredi iniungitur plenaria restitutio fideicommissi absque vlla diminutione, ex quo per indirectum aufertur illi quarta portio Trebellianicę.

Atque ita subscribo contrarię sententię, quam alij magis communiter secuti sunt. Vide Manticam de coniect. lib. 7. tit. 12. ad fin. & Peregrin. de fideic. art. 3. B num. 121.

CAPVT LVIII.

An legatarij contribuant in detractione Falcidiæ?

SCripsi libro quinto, capitulo octauo, multa de hac quęstione per conclusiones ibi propositas, quibus si adijciantur duę alię conclusiones tractatus ferè absolutus, & perfectus dici poterit.

Prima, si legata quædam sint ab omni Falcidiæ detractione immunia, veluti sunt legata pia, & similia, vt in authent. similiter, C. ad l. Falcid. & in l. in testam. C. eod. onus detrahendæ Falcidiæ non tran- C sit ad alios legatarios, neque hoc cedit damno hæredis : non enim poterit ex alijs legatis deducere, id quod deest ad implendam Falcidiam, propter legata libera à ratione legis Falcidiæ, l. si post missionem, ff. ad l. Falcid. Castr. & Com. in d. auth similiter, Rota decis. 12. sub rubr. de testamen. in antiq. Alciat. consilio 139. lib. 9.

Altera conclusio. Si testator iubeat aliquod legatum solui absque vlla diminutione, non propterea intelligitur prohibere Falcidiam; quia Falcidia expressim prohiberi debet, §. si vero expressim, in authen. de hæred. & Falcid. & dixi lib. 5. cap. 13. & ideo Falcidiam detrahet hæres ex alijs legatis. Bart. in l. qui quadringenta ad l. Falcid. & ibi Castr. & Alex. num. 6. aduersus Cumanum, Mantica de coniect. lib. 9. tit. 13. ad finem, Peregrin. de fideicom. art. 4. num. 31. licet secus dicendum esset, si expresè testator Falcidiam prohiberet, vt illi plenè declarant.

D

CAPVT LIX.

Dos profectitia, an ad patrem reuertatur, quando filia est emancipata?

SCripsi lib. 3. cap. 71. distinguendum esse inter filiam in potestate, & filiam emancipatam, vt primo casu dos à patre profecta ad patrem reuertatur, etiam stantibus liberis. Altero verò casu non : sed transeat ad filios tanquam heredes matris. Quæ sententia etiam nunc placet : quia certum est, dotem omnimodo ad filiam pertinere, quando emancipata fuit à patre, l. unica, §. videamus, C. de rei vxor. actio. Ergo illam transmittit ad liberos suos, tanquam hæredes, nihil impediente patria potestate : quoniam in profectitijs filiusfamilias non habet heredem, quia profectitia ad patrem pertinent propter pa-

patriam poteſtatem: ſed emancipatione ſecuta, ceſſat acquiſitio patri, & ius peculij, & filius emancipatus habetur pro extraneo: & ſic hęredem habere poteſt, ſicut habent extranei in ſuis bonis.

Nihil morantur leges in contrarium adductę à doctiſſimo, & acutiſſimo Iuriſconſulto Antonio Fabro, libro decimotertio, coniect. iur. capit. primo, nempe textus in l. Pater 71. de euictio. in l. 5. de diuort. in §. filiæ, ſolut. matrim. in l. ſi ab hoſtibus, eod. tit. Quia reſpondeo: dotem ad patrem pertinere in vno caſu tantum, quando ſcilicet, pater ſtipulatus eſt dotem ſibi reddi mortua filia in matrimonio, ſicuti exponit gloſſa vbique.

Non obſtat expoſitio doctiſſimi viri, quę fuit etiã Iacobi Cuiacij, in comment. ad d. leg. Pater 71. de euictio. videlicet, dotem ad patrem pertinere in vno caſu, id eſt, quando filia moritur in matrimonio ad differentiam ſoluti matrimonij per diuortium, vel per mortem mariti: quia tunc dos ad ſolam mulierem ſpectat. Quoniam expoſitio iſta non videtur conſiſtere poſſe: quia ſupponit pro certo, id quod diſputatur, ſcilicet: mortua filia emancipata dotem ad patrem redire, quod nullibi expreſſum eſt: & repugnare id rationi uidetur, quia ſi filia eſt emancipata, & domina dotis effecta, vt in dicto §. videamus, certè ad hęredes ſuos illam tranſmittet. Hæc autem repugnant inuicem, hæredem habere, & patri acquirere: quia in ſucceſſione filij, vel filiæ prima cauſſa eſt liberorum ſuorum, & ipſi præferuntur patri, ut in auth. de hæred. ab inteſt. habetur. Et ad eos tranſeunt omnia, quæ patri non ſunt acquiſita, vt ibi dicitur. Adde quòd pater, qui non habet filiam in poteſtate, hoc in caſu, dicitur extraneus, dicta l. vnica, §. extraneũ, C. de rei vxor. act. Extraneus autem nullam habet actionem de dote ſoluto matrimonio, niſi expreſſè ſtipuletur ſibi reddi, vt in eadem l. §. Accedit: ergo impoſſibile eſt, intelligere, quod dicitur: vno caſu ad patrem rauerti dotem datam filiæ emancipatæ, id eſt, in caſu mortis filiæ: ſed neceſſe eſt intelligere vnũ caſum hunc eſſe, quando pater ſtipulatur ſibi reddi, ſicut gloſſatores expoſuerunt.

CAPVT LX.

An donatio facta filiæfamilias ex cauſa dotis valeat?

HActenus uno ore omnes conſenſerunt, donationem à patre collatam filiæ ſuæ in poteſtate exiſtenti dotis cauſſa ualere. Moti ex celebri reſponſo Papiniani in l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. erciſ. ubi etiam Cuiacius in comment. idem aſſerit. Et probatur hæc ſententia ex illis uerbis: *Filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, ſpecie dotis, cuius capax fuit, defendi.*

Hanc communem ſententiam concoquere non poteſt, nec intelligere doctiſſimus, atque eruditiſſimus vir Antonius Faber, coniect. iur. lib. 13. capit. ſecundo, ad fin. Ex his, quæ ipſemet tradit lib. 7. coniect. cap. duodecimo, circa interpretationem d. l. Pomponius, ubi multa ſcribit egregiè & ſubtiliter. Et quod ad rem noſtram attinet, duo conſiderare uidetur ad impugnandam hanc communem ſententiam. Primum. Titulum dotis ibi non ualuiſſe, quod non obſcurè Papinianus fatetur, cum ait: *Filiam, quæ non niſi naturaliter agros tenuit, defendi ſpecie dotis.* ideſt, eo colore & prętextu potius, quàm iure. Alterum eſt, quia, ſi donatio valuiſſet, filia ſemper illam obtinere potuiſſet, etiamſi matrimonium poſt mortem quoque patris nõ ſteiſſet: cum tamen ibi Papin. ſentiat, filiam dotem habere poſſe conſtante matrimonio poſt mortem patris, vt patet ex illis verbis: *Et matrimonium*

A *poſt mortem quoque patris ſtetenat.*

Hæc omnia ſubtiliter conſiderata fortaſſe euitari poſſunt, quia textus dicit: *Filiam dotis eſſe capacem.* vt intelligamus, patriam poteſtatem non impedire hanc donationem ex cauſſa dotis. Simile eſt exemplum in l. quoties, ff. ſoluto matrimon. vbi pater ex interuallo non poteſt facere dotis conditionem deteriorem, ſine conſenſu filię, *Quamuis in poteſtate ſit*: vt ſcilicet, ex hoc appareat, patriam poteſtatem hoc in caſu non obeſſe.

Quod verò ſcribit Faber, titulum dotis ibi non valuiſſe: vereor ne non ſit. Quia textus dicit, filiam fuiſſe capacem dotis. Et licet naturaliter tantum dicatur ibi mulier tenere, nihil eſt: eodem enim modo loquitur Imperator in l. in rebus, C. de iure dot. ibi: *Cùm eædem res & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio.* Et rurſus ibi: *Vt ſi-*
B *nè ex naturali iure eiuſdem mulieris res eſſe intelligantur, &c.* Et ratio eſt: quia res in dotem datæ ſunt in dominio mariti, cui traditæ fuerunt, l. Doce ancillam, C. de rei vind. ſic & in l. Aſſiduis, C. qui potio. in pign. hab. tex. dicit, mulierem poſſidere dotem ad ſuos victus, ſuaſque alimonias, quod eſt intelligendum impropriè, vt ibi notat gloſſa & probatur in l. ſciendum, §. ſi fundus, ff. qui ſatiſd. cog.

Quod autem altero loco ſcribit: ſi donatio valuiſſet, etiam matrimonio ſoluto viuente patre valere debuiſſe; non facit impedimentũ. Quia ſi matrimoniũ fuiſſet diſſolutum uiuente patre, actio fuiſſet communis patri, & filię, leg. ſecunda, §. quod ſi in patris, ff. ſolut. matrimon. Non enim dicimus donationem ita factam ibi fuiſſe a patre filiæ ſuæ ex cauſſa dotis, vt matrimonio diſſoluto morte mariti, uel aliter ad patrem redire non potuiſſet; quia hoc textus non dicit, nullamque facit mentionem, quod pater dans prædia illa in dotem filię, voluerit actionem vllam habe-
C re ſoluto matrimonio. Satis igitur nobis eſt pro communi opinione defendenda, ex eo textu probare, mulierem capacem eſſe dotis donatæ à patre quamuis in poteſtate eius ſit. Vtrum autem pater dotem dando, & ſtipulando eam reddi filiæ ſoluto matrimonio, & actionem in eam transferendo iſtud efficiat, vt mortua filia dos ad eius liberos tranſmittatur tanquam hęredes, dicemus in ſequenti capite.

CAPVT LXI.

An dos profectitia, ſoluto matrimonio, tranſeat ad liberos vxoris tanquam hæredes; quando per actionem filiæ donauit?

D

CVm filiafamilias capax ſit donationis ex cauſſa dotis factæ non obſtante patria poteſtate, (vt dictum eſt in ſuperiori capite) proculdubio capax erit etiam iuris, quod in actione conſiſtit pro dote repetenda ſoluto matrimonio. Quia nulla ratio differentię adferri poteſt: & probatur in l. ſi cum dotem, ff. ſol. matr. dum text. dicit: *Mulieri actionem competere in eum caſum, quem pater non pepigit.* Nam hoc intelligi debet, ſoli mulieri tunc actionem dari, ſicut omnes intellexerunt. Itaque, ſi pater dando dotem filiæ ſuæ ſtipulatus eſt eam reddi filię, & ſic donauit actionem filię ſuæ: tunc ſoluto matrimonio morte vxoris dos non redibit ad patrem, ſed tranſibit ad filios tanquam hæredes matris, vt rectè docent Barto. & alij in l. Poſt dotem, ſol. matr.

At contra Antonius Faber libro 13. coniect. capit. tertio, exiſtimat illa verba: *eſſe mulieri actionem*, nihil aliud ſignificare, quàm in caſu omiſſo mulierem

agere

agere posse pro dote: in reliquis saluum esse ius commune. Et sic eo in casu actionem esse communem cum patre, vt in l. 2. §. quod si in patris, ff. eod. tit. quod & sensit Duarenus in expositione d. l. si cum dotem, dum dixit: *Non uideri rationi congruum esse, ut in eo casu contingente, qui pacifcendo expressus non fuit, ea commmunio tollatur.*

Non rectè nisi fallor. Primò; quia pater & extraneus ibi æquiparantur, sicuti Bartolus considerauit. Ergo pari iure censentur. Constat autem extraneo nullam actionem competere in casu omisso, leg. vnic. §. accedit, C. de rei vxor. act. Ergo idem in patre dicendum uidetur. Fateor, rationem diuersitatis esse inter patrem & extraneum: sed mihi satis est, in eo casu æquiparari, eodemque iure determinari. Secundò: quia textus dicit, mulieri actionem esse in casu omisso: non autem dicit, patri quoque competere. Ergo soli mulieri competit: non etiam patri. Tertiò hæc interpretatio suadetur ex l. inter socerum, §. cum inter, ff. de pact. B doral. vbi in casu omisso in stipulatione paterna non habet locum legis prouisio in fauorem patris. Postremò, nulla ratio suadet, vt patri competat actio in casu omisso. Videtur enim propter affectionem paternam donare voluisse actionem filiæ suæ, si casus eueniret, in quem stipulatio concepta non fuit ad ipsius patris commodum. Et hæc fuit ratio dubitandi: videbatur enim dicendum, extensionem fieri debere de casu expresso ad omissum in fauorem patris. Contrarium deciditur: quia non fit extensio, sed in casu omisso pater excluditur, & filiæ competit actio.

CAPVT LXII.

An pœna iuris ciuilis locum habeat aduersus contrahentes incestas nuptias in gradu prohibito secundum ius Canonicum?

C

QVoniam ex facto proposita mihi fuit hæc controuersia, placet hic adscribere responsum ipsum, quod consulentibus dedi, quod est huiusmodi. In præsenti caussa rusticorum de Buti, qui contraxerunt matrimonium scienter in gradu affinitatis prohibito secundum Canones, iuxta cap. Non debet, de consang. & affin. Interrogatus de iure, quid sentiam: & præmissa matura deliberatione, ac studio, existimo de iure separandum esse matrimonium ex his, quæ habentur in concilio Tridentino sessione 24. cap. 5. & in c. primo, & 2. & d. c. non debet, de consang. & affin.

Quantum ad pœnam attinet, vltra hanc pœnam separationis matrimonij: certum est contrahentes tale matrimonium ipso iure excommunicatos esse, iuxta tex. in clem. prima, de consang. & affin. à qua tamen excommunicatione absolui possunt ab Episcopo, ut D notat glossa in d. Clem. 1. in verbo obtinere, & nouissimè tradunt adducentes ad practicam Canonicam Diac. cap. 86. vers. Laicus vero. quantum verò attinet ad alias pœnas, oriri potest aliqua dubitatio; quia nullæ aliæ pœnæ iure canonico sunt constitutæ, sed iure ciuili aduersus contrahentes incestas nuptias pœna exilij constituta, & confiscationis bonorum, ut est tex. in auth. incestas, C. de incestis nupt. Dubitatio (inquã) oriri potest, an huiusmodi pœna locum habeat in præsenti casu necne?

Et prima quidem facie videbatur mihi dicendum, locum habere: quia hoc matrimonium est prohibitum secundum canones. Est autem indubitatum, quod in materia matrimoniali Canones debeant attendi, & seruari. Ergo dicendum est, pœnam iuris ciuilis locum habere contra eos, qui contrahunt matrimonium in gradu prohibito secundum Canones: & ita argumentatur in terminis Dec. in consilio 158. adducens Abba A tem in c. & si necesse, de donat. inter vir. & vxor. & Signorolum in consi. 25. quos sequitur idem Decius in l. vlt. num. 7. C. vnde legitimi, & in l. prima, nu. 20. C. de secundis nuptijs, & in cap. 2. numero 3. de restib. Eandem opinionem communem dicit Couar. ad lib. 4. decretal. par. 2. c. 6 num. 18. & nouissimè Dict. in sua pract. can. cap. 86. ubi tamen loquitur de Clerico.

Istis non obstantibus, ego puto: contrariam sententiam ueriorem & communiorem esse, quod uidelicet isti, qui contraxerunt incestas nuptias in gradu prohibito, non inciderunt in pœnam d. auth. incestas: & consequenter nulla alia pœna affici possunt, quam pœna iuris canonici, uidelicet separationis matrimonij, & excommunicationis. Moueor, quia hoc matrimonium non est prohibitum secundum leges ciuiles: sed tantummodo secundum Canones. §. Affinitatis. Inst. de nupt. cum §§. præced. & seqq. & tradit Azo in summa, C. de Nupt. numero 17. Nicolaus Euerardus iun. B consilio 33. lib. 1. num. 9. & Petrus Antonius Anguscio la, consilio 8. numero 4.

Hoc enim ita supposito: quod matrimonium de quo agitur, non sit prohibitum secundum leges; sed tantummodo secundum Canones, ego infero, locum non habere, pœnas iure ciuili impositas: quia ius ciuile puniens incestas nuptias contrahentes necessariò debet intelligi de incestis nuptijs secundum ipsum ius ciuile.

Nec potest fieri extensio ad incestas nuptias secundum ius Canonicum, cum hæc sit materia pœnalis, quæ reijcit hanc extensionem. Et ita in terminis argumentatur, & concludunt Ancharanus in consil. 392. Videtur prima facie, Calderinus, consi. vlt. tit. de consang. Dominicus de sanct. Gemin. consil. 71. Alexand. consilio 229. numero 6. & 7. lib. 6. Decius sibi contrarius in consilio 168. Ruinus in consil. 123. nume. 11. lib. 5. Ioan. Faber, in §. pen. quæst. pen. inst. de nupt. Mar C sil. sing. 154. ubi alios adducit: Alciat. in cap. cum contingat, numero 53. & 54. de iure iur. Boetius decisione 318. numero 9. Et hæc est magis communis opinio, vt testatur D. Cephalus consilio 226. vbi hanc tuetur respondens ad contraria per totum consilium. Eandem sequitur tanquam ueriorem Petr. Ant. Angusc. in consilio 8. per totum. Peregr. de iure fisci. lib. quinto, tit. primo, numero 15. & 16. Euerardus iun. de consil. 37. libro 1.

Non obstant DD. in contrarium allegati: quia quod attinet ad Dec. in consilio 158. non est ei deferendum: quia fuit sibimet contrarius in hoc articulo: & consilium illud fatetur Dec. se scripsisse adhærendo dictis aliorum, in fauorem Caroli de Ambascia, vt per ipsum in l. vlt. C. vnde legitimi, & notant addentes nouissimè ad d. consi. 158.

Quod verò attinet ad Didacum Couarruuiam, ille D simpliciter refert opinionem Decij: de alijs verò parum est curandum. Quia in contrarium se habet magis communis, vt testatur D. Ceph. d. consi. 226. Non obstat fundamentum illud: quod in materia matrimonij debeat attendi ius Canonicum. Quia, ut bene respondet Anguscioła) istud debet intelligi, quantum ad ualiditatem, uel inualiditatem matrimonij: sed non habet locum respectu pœnæ impositæ a iure ciuili. Quia ius ciuile non potuit imponere pœnam pro delictis canonicis, vt per D. Ceph. consi. 226. nu. 13. Cum igitur habeamus communem opinionem, & communes in puncto, de quo agitur, non puto vlterius laborandum.

CAPVT LXIII.

An Trebellianica ceſſet, quando Eccleſia grauata eſt reſtituere alteri Eccleſiæ?

PVgnat pro Eccleſia grauata reſtituere alteri Eccleſiæ textus in §. ſed hoc præſenti, in auth. de ſanctiſſ. Epiſc. vbi patet hanc eſſe mentem Imperatoris, vt priuilegia conceſſa Eccleſiæ, & pijs locis non habeant vim aduerſus alias Eccleſias, & pia loca. Ergo cum Eccleſiæ fideicommiſſariæ indultum ſit, vt fideicommiſſum recipere debeat ſine diminutione; non videtur locum habere aduerſus aliam Eccleſiam reſtituere grauatam: conſequenter, Eccleſia grauata poterit detrahere quartam partem ex Trebelliano.

Cæterum pugnat pro Eccleſia fideicommiſſaria generalis conſtitutio, per quam ſancitum eſt; ceſſare Trebellianicam in fideicommiſſis, ad pias cauſſas relictis, §. ſin autem hæres, in auth. de Eccleſ. tit. Pugnant & Brocardicæ regulæ. Priuilegiatus vtitur priuilegio contra priuilegiatum in genere, l. verum, §. vlt. cum l. ſeq de minor. l. vlt. ff. ex quib. cauſ. maio. Bart. in Auth. quas actiones, C. de ſacroſ. eccl. & multa alia his ſimilia. Quamobrem in diuerſas ſententias DD. noſtri abierunt, alijs fauentibus Eccleſiæ oneratæ, alijs autem eccleſiæ honoratæ. Vide Angelum in §. ſed hoc præſenti, in auth. de ſanctiſſ. Epiſc. Cuman. in l. 1. §. Ad municipium, ff. ad l. Falcid. Ruin. conſ. 89. numero 7. libro 3. Gabriel. com. concl. lib. 4. tit. de fideic. concl. 1 1. num. 8. Io. de Monte Sperello in conſi. 105. Peregr. de fideic. ar. 3. num. 69.

Ego puto, animaduertendum eſſe ad ea, quæ ſcripſi lib. 5. cap. 17. quia fundamentum com. ſententiæ: quod ceſſet Trebellianica in fideicommiſſis ad pias cauſſas, poſitum eſt in §. ſin autem hæres, in auth. de Eccleſ. tit. vbi conſtitutum eſt, ceſſare Falcidiam quoties hæres non implet quæ ad pias cauſas relicta ſunt dicens: Relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta, tunc enim præcipit Imperator. Omni Falcidia vacante, quicquid inuenitur in tali ſubſtantia, proficere ad cauſſas, quibus relictum eſt. Si ergo quis proponat piam cauſam, hæredem inſtitutum, eadem vti allegatione, & excuſatione in legatis perſoluendis, procul dubio Falcidia ceſſare debebit. Sin autem de reſtituendo fideicommiſſo agatur, non eſt locus huic excuſationi, & allegationi: & conſequenter, locus erit ſemper detractioni Trebellianicæ ſecundum antiqua iura etiam in fideicommiſſis ad pias cauſas relictis. Sed, quoniam ſupponimus, nunc communem ſententiam, quæ vult ceſſare Trebellianicam in huiuſmodi fideicommiſſis, ad pias cauſſas relictis; exiſtimo, eam locum ſibi vindicare, etiam quando Eccleſia grauata eſt reſtituere alteri Eccleſiæ. Cur enim Eccleſia negare velit plenam hanc reſtitutionem, cum cultrix ſit iuſtitiæ & æquitatis, cum id cedat vtilitati alterius Eccleſiæ?

Non obſtat textus in §. ſed hoc præſenti, quia illud expreſſè fuit conſtitutum ab Imperatore, ne altera Eccleſia, vel pia cauſſa fideicommiſſo fraudaretur. Opus igitur erat, ſimilem habere in propoſito declarationem, & prouiſionem: alioquin iam deciſis, & conſtitutis ſtandum eſſe arbitror. Maximè, cum opus pium eſſe videatur adimplere voluntatem Teſtatoris, l. 1. C. ad leg. Falcidiam, tradunt gloſſ. & omnes in l. 1. de condict. indeb. & in leg. Cum quis, C. de iur. & facti igno. & conſequenter, id Eccleſiæ maximè conuenire videatur.

A

CAPVT LXIV.

De iure patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium?

TRactaui hanc controuerſiam libro decimo, cap. 94. Addo nunc pro opinione noſtra, & communi Peregrin. de fideicommiſſ. ar. 6. ſub num. 37. Ponderantem argumentum Alexand. & Caſtrenſ. & dicentem: non fuiſſe bene perceptum à Molina, quod eſt huiuſmodi. Quæ tranſeunt ad hæredes non tanquam hæredes, ſed quia ſunt hæredes, illa non tranſeunt in fideicommiſſarium. Exemplum eſt in iuribus ſepulchrorum, l. familiaria, & l. ſeq. & leg. ſi quis ſit hæres, ff. de religio. & in l. quia perinde ad Trebell. Nam ius ſepulchrorum non tranſit ad hæredes tanquam hæredes, quia ſic tranſiret ad omnes hæredes pro portione hæreditaria. Tranſit autem
B ad omnes, & ſingulos in ſolidum, vt habetur in legibus alleg. Quamobrem non ſeruat naturam iuris hæreditarij: meritò non tranſit in fideicommiſſarium, in quem tranſeunt iura hæreditaria, quæ ſcilicet hæredibus competunt, ſecundum naturam, & ordinem eorum.

Tale eſt ius patronatus, quia tranſit ad ſingulos hæredes in ſolidum; adeo vt quilibet hæres etiam in minima parte tantum iuris habeat in iure patronatus, quantum habet alius hæres quilibet in maiori parte inſtitutus, vt notat glo. com. recepta in cap. primo. de iure patron. meritò non tranſit in fideicommiſſarium. Atque hæc diſtinctio ſubtilis eſt, licet verbalem eam eſſe dixerit Decius in l. precibus, numero 22. Cod. de impub. & alijs ſubſt. Atque hæc prioribus ſcriptis addi poterunt.

C

CAPVT LXV.

An prælegata veniant in reſtitutione fideicommiſſi, quando Teſtator poſt prælegata inſtituit hæredem ſic dicens: In omnibus autem alijs ſuis bonis inſtituit, &c. *& poſtea fideicommiſſum ordinauit?*

IN propoſita facti ſpecie nequaquam prælegata contineri in fideicommiſſo reſponderunt Cuman. conſil. 37. Fulgoſ. conſilio 99. Caſtrenſ. conſil. 398. & ſeq. lib. 2. Coro. conſi. 91. lib. 1. Rim. ſen. conſil. 248. Barbat. conſil. 59. lib. 3. Iaſ. conſil. 175. libro 4. Pariſ. conſi. 79. lib. 2. & 63. lib. 3. Socin. iun. conſi. 107. libro 3. & conſi. 89. lib. 4. Alciat. conſi. 32. lib. 9. Aemilian. conſi. 35. Mantica conſil. 16. Rimin. iun. conſi. 147. Marcobr. conſi. 4. D. Decian. conſi. 122. lib. 3. Eugen. conſil.
D 88. Peregrin. de fideic. hos & alios ſecutus art. 7. ſub nu. 41. & ſeq.

Fundamentum eſt: quoniam in hoc caſu teſtator videtur inſtituere hæredem, in alijs bonis, diuerſis ſcilicet ab ipſis prælegatis: conſequenter, videtur etiam fideicommiſſum conſtituiſſe in eiſdem alijs bonis, quia ſubſtitutio recipit interpretationem ab inſtitutione, l. 1. C. de impub. Hoc fundamentum perquam debile videtur. Quoniam etſi teſtator dixerit, ſe inſtituere in alijs bonis, & ſic excipere videatur bona relicta, & prælegata: nihilominus hæres intelligitur vniuerſaliter inſtitutus in omnibus bonis, atque adeo etiam in rebus legatis. tex. eſt, & ibi notant Bal. Angel. & Imo. in l. ſi quis ita hæres inſtitutus fuerit excepto fundo. 74. ff. de hær. inſt.

Contrariam igitur ſententiam amplexi fuere Ant. Butr. conſi. 69. Zanch. in §. cum ita, in 5. par. nume. 16. Alexan. conſi. 25. lib. 1. Cur. iun. conſi. 13. Ruin. conſilio 130. & conſi. 153. lib. 3. Alciat. ſibi contrarius conſ. 118. lib. 9.

lib.9. Grati.consi.348.num.1. Natta consi.321. Mantica A in coniect.lib.7. Tit.nu.7. Menoc.lib.4. presumpt. 194. num.6.& 7. Aonded.consi.7.num 44.lib.1. Fundamentum est in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff ad Trebel. ibi: *Imperator noster rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri.*

Non obstat, quod testator dixerit: *In omnibus autem alijs suis.* Quia iam responsum est: Nihilominus contineri in institutione omnia bona, etiam legata per tex. in d. l. si quis ita hæres, 74. vt bene declarat Paul. Castr. in consi.177. lib.1. & Ruin. in consi.130. lib.3.

Non obstat, quòd Peregrinus replicat: in heredis institutione res prælegatas contineri habitu, sed non actu: quia ex voluntate testatoris legata ab institutio ne separantur. Nam responderi potest: Testatoris voluntate non posse hoc efficere, vt legata separentur ab institutione, quia nemo potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. Id probatur ex d. l. si quis ita heres 74. vbi Iurisconsultus dicit, perinde B esse, atque si hæres institutus fuisset in omnib. bonis.

Satis est autem, quantum attinet ad voluntatem testatoris, vt hæres legata soluat, & prester: hoc enim est, quod testator dicere voluit, nempe: hæredem dominum esse omnium bonorum preterquã rerum alijs legatarum: quia inspecto effectu ita est, sed inspecta iuris dispositione, dicimus heredem institutum in certis bonis nihilominus esse heredem in omnibus cum onere legatorum.

Si igitur hæres in proposita facti specie intelligitur in omnibus institutus; merito dicendum est declarando substitutionem ex institutione, etiam substitutum omnia bona consequi debere, perinde ac si in omnib. bonis facta esset substitutio.

CAPVT LXVI.

Hæres, qui priuatus est hæreditate in pænam à testatore C iniunctam, an videatur in tali casu rogatus restituere per fideicommissum, & taco Trebellianica detracta restituat.

QVi semel est heres, non potest desinere heres esse, l. ei qui soluendo, ff. de hered. instit. Neque enim paganus potest heredem facere ad tempus. l. Hereditas. ff. de hered. instit. Hinc factum est, vt Bart. in l. Paterfam. ff. eod. tit. nu.6. dicuerit, hæredem a testatore priuatum hereditate, si molestauerit vxorem in suis relictis, teneri hereditatẽ restituere per fideicommissum. Quæ doctrina tuti satis consentanea videtur. Sed hoc amplius Imola ibi dixit, eiusmodi hæredem detrahere Trebellianicam, & sequuntur multi apud Peregrinum de fideicomm. art.11.num.128. Quorum fundamentum est in regula generali: quod heres, qui tenetur per fideicommis- D sum hereditatem restituere, quartam partem detrahit authoritate Senatusconsulti Trebelliani, inst. de fideic. hered. §. sed quia.

Hoc vltimum de quarte detractione ego minimè approbo: sequorque Ruinum his contradicentem in in consi.48.nu.18. lib.2. quam sententiam & alij secuti sunt apud eundem Peregrin. loco præcitato.

Nam ex eodem facto non debet quis pœnam & premium habere, l. si cui. ff. ex quib. caus. maio. l. ita demum. ff. de arbitr. notat gl. in l. siue hereditaria, ff. de neg. gest. Cum igitur heres culpa sua hereditate priuetur dicaturque in penam hanc incidere: quia testatoris voluntati non paruit: non debet etiam premium aliquod habere. Sic videmus heredem adire recusantem & restituere, & sic recusantem implere voluntatem testatoris, si fuerit coactus adire, non habere quartam ex Trebelliano, l. quia poterat. ff. ad Trebell.

A

CAPVT LXVII.

Fideicommissum impersonaliter relictum an in dubio ab impubere, uel legitimis eius hæredibus relictum præsumatur. Ad cap. 66. lib. 5.

SCripsi hac de re lib.5. cap. 66. Postea incidi in scripta viri clarissimi, ac celeberrimi D.M. Antonij Peregrini de fideicom. art.12. qui num.31. vsque ad finem articuli exactè tractat hanc controuersiam: & distinguendo plures casus ita omnia exequitur, vt eum omnino consulendum putem; & quæ ipse dixit, scriptis meis addi velim.

CAPVT LXVIII.

B *An Testamentum, in quo filiusfamilias est præteritus, sit nullum ipso iure, an uerò ita demum, si ipse petat?*

GLossa in l. filio præterito, ff. de iniusto rupto testam. in ver. tuebatur, existimat testamentum patris, in quo filius in potestate præteritus sit, nullum esse, si filius petat: & non aliter. Idem scribit Tiraq. alios complures adducens ad l. si vnquam, in verb. reuertatur, numero 13. C. de reuoc. donatin.

Alij contrarium docuerunt, Iaf. in l.2. num. 23. C. de bon. pos. contra tab. Clar. §. Testamentum, quest.43. ver. successiue.

Omnis difficultas consistit in legibus, quibus cautum est: testamentum huiusmodi nullum esse, d. l. filio præterito, l. inter cetera, de lib. & posthum. l.2. & seq. C. de post. hered. inst. Institu. de exhered. lib. in C princ. & alibi. Quibus constitutum est: huiusmodi testamentum nullius esse momenti, quasi conditum sit forma iuris non seruata. Nullibi enim dicitur, testamentum esse nullum, si filius hoc petat, dicaturque nullum esse: Imò vero, citra omnem filij impugnationem, nullum esse testamentum hoc patet. Quia etsi viuo patre filius mortuus sit; nemo tamen hæres ex eo testamento existere potest: quia scilicet, ab initio non constiterit testamentum. Ita docet Imperator in §. primo, Insti. de exhered. liber. Quorsum igitur requireter impugnationem filij ad inducẽdam testamenti inualiditatem? Illud certum est, & fortasse aliquos decepit, si filius abstinuerit, testamentum ex bono, & æquo defendi posse. Sic loquitur textus in d. l. filio præterito. Quod vero dicitur: quecunque beneficia legibus sunt concessa cuiquam, ita demum locum habere, si is velit cui sunt concessa, & D brocardicum est, & verum: quando id rectè intelligitur: sic enim distinguendum est: si is, cui beneficium competit, nolit illo vti, tunc non habet locum: quia inuito beneficium datur. Cæterum, antequam is declaret se nolle, lex operatur suum effectum: quando scilicet, ipso iure aliquid decernit nullum esse. Quod si decernat aliquid nullum esse sub ista conditione, si pars velit, vt in l.2. & 3. C. de iure empby. vt in multis alijs similibus congestis per Iaf. in l. vniuersa, C. de precib. Imp. off. tunc lex effectu in suum suspendit, donec ille declaret se velle. cui beneficium legis applicatur, atque inseruire debet.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Vtrùm debitor negans debitum amittat beneficium cessionis bonorum?

DEbitorem amittere beneficium cessionis bonorum, si negauerit debitum; complures affirmarunt, Ang. in §. vlt. inst. de act. Alciat. in c. cum non ab homine, num. 76. de iudic. & multi alij quos nouissimè recensel, Hieron. de Cæualos in specu. lo comm. opin. q. 129. Quorum fundamentum est in legibus, quibus cautum est mendacium plerunque puniri, l. sed hoc ita, §. 1. de re iud. l. vlt. ff. de rei vind. l. Hæreditatem, §. vlt. ff. ad l. Falc. cum simil.

Contrariam opinionem habuerūt Decius, & Cagn. in l. Nemo ex his, ff. de reg. iur. & ante eos Salyc. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. Quorum fundamentum est in regula d. l. Nemo, vbi dicitur: *Nemo ex his, qui negant, alys defensionibus vti prohibetur.* Hæc est autem alia defensio, videlicet cessio bonorum. Et hæc videtur probabilior.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo: mendacium in casibus expressis puniri amissione iuris proprij; & alijs pœnis, prout iure constitutum est. Ideo non debet fieri extensio in hac materia pœnali sine legis authoritate.

CAPVT LXX.

Petenti debitum ante diem, quo modo duplicentur induciæ?

HAbemus tex. in §. sed hodie, inst. de excep. dicentem inducias duplicari. Quas ipse actor sponte induxerit, vel quas natura actionis co... Quibus verbis nihil clarius, nihil luculentius esse potest, vt meritò dixerit Decius in l. Pecuniam, nu. 10. ff. si cer. pet. in claris non est opus coniecturis, videlicet: illa verba ostendunt totius temporis inducias duplicari, quod debitori concessum erat: & hoc in pœnâ petitionis factæ ante tempus. Eandem sententiam secuti sunt plures alij apud Hieron. de Cæualos in spec. comm. opin. q. 125.

Cæterum duplicari tantummodo tempus, quod superest ex die petitionis factæ ante tempus, docuit Bar. in l. Aut damnum, §. quos quis, ff. de pœn. Bald. Anch. et Abb. in c. vn. de plus petit. & alij apud Authorem prætitatum. Quorum fundamentum est in d. §. quiquis ibi; *Sed duplicare eum id tempus oportet, quod ei superest.* Hoc fundamentum non satis firmum; quia ibi est materia pœnalis longè maioris momenti: & quia Iurisconsultus processit ibi vlterius declarando. Et denique, quia in hac specie nostra tam clara est decisio, vt alium de non sit petenda interpretatio.

CAPVT LXXI.

An mulier possit esse testis in testamento iure Canonico inspecto.

CVm certum sit, ius ciuile seruandum esse, nisi expressè iure Canonico correctum sit, c. 1. & 2. de noui oper. nunt. c. lege, c. suscipimus, c. si ad. ... certum, c. quis autem, c. De capitulis, & c. quoniam, dist. 10. cum alijs multis, quę adferri possunt. Hinc rectè infertur: mulierem in testamentis condendis testem adhiberi non posse, etiam iure Canonico inspecto: quandoquidem iure ciuili ita constitutum est, nec iure Canonico contrarium dispositum reperitur. Ita rectè docuerunt Alex. cons. 70. nu. 14. lib. 2. Cou. var. in c. cum esset, nu. 14. de test. Clarus in §. Testamentum, q. 57. Magdalenus de numero test. io 2. par. cap. 8. num. 13. aliique apud Hieron. de Cęualos in Speculo com. opin. q. 700.

Contrarium voluere Abb. in d. c. cum esses, Ias. in l. Hac consultissima, nu. 9. C. de testa. Rui. cons. 192. n. 7. lib. 2. & alij apud Hier. de Cęualos loco præcitato. Horum fundamentum est in d. c. cum esses, vbi sufficere dicitur testimonium duorum vel trium, iuxta ius diuinum; quo scriptum est: *In ore duorum, uel trium stat omne uerbum.* Nam masculinum concipit fœmininum, l. 1. de verb. sig. satis est, mulierem esse idoneam iure diuino; ad quod se Pontifex Maximus refert.

Responderi potest: cum ibi Pont. Max. non sit contentus simplici testimonio duorum, vel trium: sed amplius requirat etiam Parochum, & testes idoneos esse, vt patet ex illis verbis. *Et tribus, uel duobus alys personis idoneis, &c.* Hinc satis apertè colligitur, nihil aliud emendare circa ius Ciuile, nisi numerum testium, qui debent esse septem secundum leges. Quantum verò ad testium qualitatem, nihil dicit: ergo remanet incorrectum ius Ciuile. Et ita puto respondendum in hac quæstione; ne temerè iuris correctio inducatur, quam Summi Pontifices facilè potuissent inducere, si voluissent: quod igitur non corrigitur, cur stare prohibetur. l. præcipimus, C. de appel.

CAPVT LXXII.

An sit de substantia contractus emphyteutici, ut detur aliquid pro ingressu.

NOn puto de substantia esse contractus emphyteutici, ut detur aliquid pro ingresso: quia nulla lege id cautum est: quod tamen omissum non fuisset absque vitio. Et ita rectè docuerunt Abb. & Imol. in c. potuit, de locato, Natta in consil. 49. Ias. in l. 1. col. 1. C. de iure emphyt. & alij apud Valascum, de iure emph. q. 9. & 10.

Pro contraria sententia citantur, Bar. & Alber. in l. 1. C. de iure emph. gl. in c. potuit, in glo. 1. de locato, & multi alij apud Valascum loco annotato. Sed isti non dicunt, esse de substantia, vt aliquid detur pro ingressu; sed dicunt aliquid dari. Et ita moris est: quod autem unum fit ex substantialibus: non rectè ex hoc inferri potest. Maximè, cum totus iste contractus legem accipiat ex pactionibus, *Quæ firma, illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debent custodiri.* l. 1. C. de iure emphyt. ergo si a principio conuentio nulla sit interposita de aliquid dando pro ingressu, ualebit contractus, & pensio annua præstabitur iuxta formam conuentionis...

CAPVT LXXIII.

An legata sint accessoria testamenti.

NOn omnino inutilis ea disputatio, quæ frequens est in scholis, an agitur de interpretatione Rubr. de legat. primo, vtrum legata sint accessoria testamenti? Nam, si statuto Gabella esset imposita pro testamento, non esset pro legato soluenda: quia soluitur pro re principali: non autem pro accessoria, ut notat Dec. in cap. præterea primò in fi. de off. deleg. Ias. in l. 2. C. de iure emph. col. 3. vers. & nota bene ex hac glos.

Communis igitur sententia est legata esse accessoria testamenti, in rubric. de leg. 1. Alex. in princ. Ias. nu. 4. Niger. nu. 3. Aluar. nu. 12. Bolog. nu. 5. Cur. nume. 4. Soc. iun. nu. 21. & alij ferè omnes.

Fundamentum est: quia hæredis institutio est caput testamenti, §. ante hæredis, inst. de leg. legata vero sunt quædam adiectiones, sine quibus testamentum potest

poteſt conſiſtere, l.prima,§.qui neque, de hæred. inſt. Per contrarium verò, ſi non conſiſtat hęredis inſtitutio, nec legata debentur, l.ſi nemo, de reg.iur. l.ſi nemo, de teſtam. tut. Et hæc eſt regula bona ad cognoſcendum, an aliquid ſit acceſſorium, vel principale; nam, cum principale corruit, etiam acceſſorium ſolet corruere, leg. cum principalis, de regul. iur. l. etſi non ſunt, §.perueniamus, de auro,& argen.leg.l.1. & 2.& ibi Bartol. de pecu. leg. Per contrarium uero ſublato acceſsorio non corruit principale, l.vltim. §.vltimo, de verb.oblig.

Contra dicebat Crau.in d.rub.nu.17. etiam hæredis inſtitutionem corruere, ſi rumpatur teſtamentum: & tamen inſtitutio eſt principalis, non autem acceſsoria. Reſpondetur, non ruere teſtamentum, niſi ex ruina ipſius inſtitutionis hæredis, uel quia eſt nulla, uel quia hęres non vult hęreditatem adire, dicta lege ſi nemo, de reg. iur.

Alij opponunt; ſublato genere tolli ſpecies, Bart.in l.ſi cauſa cognita, C.de tranſact.& tamen ſpecies non ſunt acceſſoriæ generi. Reſpondeo: non poſſe genus deſtrui, niſi ſpecies ſimul deſtruantur; at poteſt deſtrui principale ſine deſtructione acceſſorij, auth. ex cauſſ. C.de lib.præter.

Tertiò opponitur: legata poſſe ſtare ſine teſtamento, §.præterea, inſtit. de fideicom. hær. ergo non ſunt acceſſoria teſtamenti. Reſpondet Iaſ.in rubr. numero quarto, legata eſſe acceſsoria teſtamenti, quando relinquuntur in teſtâmento, alias non; ſicut purpura eſt acceſſoria ueſtimenti, quando eſt inteξta, §.ſi altenâ, Inſtit. de rerum diuiſ. alias non; & ſicut gemmæ annulo inſertæ, ut dicebat Cagn. in dicta l. cum principalis, numero 4. de regul. iur. Item reſpondetur, codicillum largè dici poſſe teſtamentum, l. ab inteſtato, ff.de iure codicill. Iaſ. in dicta rubr. numero 15. & 16. Quod ſi legata fiant in epiſtola iuxta l.epiſtolam, ff.ad Trebell. l.& in epiſtola, C. de fideicommiſs. dicentur facta in codicillo, quia epiſtola eſt codicillus, Bald.in l.hæreditas, num.1.C.de his quib. vt indig. & ideo requirit quinque teſtes, gl.in l.1.ver. literas, C. de codicill.

Quarto objicitur tex.in d.auth. ex cauſſa, C.de liber.præter. vbi legata valent rupto teſtamento ex cauſſa præteritionis, uel exhæredationis. Item opponitur tex.in l.1.ff.ſi quis omiſſa cauſa teſta. ubi legata debentur omiſsa cauſsa teſtamenti. Reſpon. Iaſ. in d. rub.numero 26. iſta euenire ex ſpeciali legum prouiſione, quę ſuſtinet legata, alias tuitur a teſtamento corruente. Sufficet, quod regulariter, exceptis cauſſis quibuſdam ſpecialibus, legata dici poſſint acceſſoria teſtamenti.

Quinta oppoſitio eſt ex auth.hoc amplius, C.de fideicom. vbi legata confirmant teſtamentum, quod nō facit acceſsorium; quia non confirmat ſuum principale, l.quod per manus, ff.de iure codicil. Reſpondetur, id eſse ſpeciali iure conſtitutum, quia hæredes non obſeruant uoluntatem teſtatoris. Et eſt hæc anomala ſucceſſio, quæ nec ex teſtamento deferτur, nec ab inteſtato, ſed ex prouiſione legis, vt not. Iaſ. in l.1. num.33. C. de ſacroſ. Eccl.

Sexta oppoſitio. Legata diuerſo iure cenſentur ab hæredis inſtitutione, quæ eſt caput teſtamenti; quia dari poſsunt ad tempus, l.vltim. C.de leg. Hæredis autem inſtitutio non ualet ad tempus, l. hæreditas ex die, de hæred. inſtitu. ergo legata non videntur acceſſoria; quia acceſsorium eodem iure cenſetur, quo principale, §.fideiuſsores, inſtit. de fideicomm. Reſpondetur: acceſsorium non ſequi naturam ſui principalis, ubi eſt diuerſa ratio, ut hic l.ſtipulatio iſta, §.alteri, de uerborum oblig. Dec.in d.l. cum principalis, de regul.iur.num.1. Rationis diuerſitas hæc eſt; quia ius noſtrum non patitur aliquem decedere pro parte tam

A potis teſtatum, & pro parte inteſtatum, ut notat Cagnol.nu.6. in l.ius noſtrum, de reg. iur. quæ ratio in legatis ceſſat.

Poſtrema oppoſitio eſt, quia in legatis ſit ſtricta interpretatio, l.apud Iulianum, §. Scio, de leg.1. l.nummis. de leg.3. in teſtamentis vero lata, l.in teſtamentis, de reg.iur. ergo legata non ſunt acceſſoria; quoniam acceſſorium ſolet naturam ſequi ſui principalis, cap.acceſſorium, de regul.iur. libro 6. Reſpondetur, in legato, tunc fieri ſtrictam interpretationem, cum res eſt obſcura, & incerta. vt dicebat Natta in conſilio 626. nu.21. Alias etiam in legatis latam fieri debere interpretationem, probatur in l.3.ff de vin. trit.& ol.leg. gloſs.& Cagn.in d.l.in teſtamentis, de reg. iur. glo. in l.in fundo, de leg.1. Oldrad.conſi.163. Bart.in l.cum qui, §.qui ita, de verb.obl.& in l.ſi quis ita, de aur.& arg.leg. Caſtr.in l.certo generi, de ſer. ruſt. præd. cum alijs adductis per Nattam ubi ſup.

CAPVT LXXIV.

De conductore, an teneatur de incendio ex culpa eius leuiſſima orto?

DE conductore, an teneatur ob leuiſſimam culpam, ex qua incendium ortum fuerit, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim haudquaquam teneri ſcribit Ioſeph. Ludo. deciſ.25. numero 13. adducens alios, & Couar. in lib.4. decr. par.2. cap. 7.§.8. numero 14. Fundamentum eſt, quia conductor ex natura contractus conductionis de leui tenetur, non autem de leuiſſima culpa, l.contractus, de reg.iur.

Contrarium alij plures uoluerunt, Salyc. in l. data opera, C.de his qui accu. non poſs Gram.deciſione 3. numero 13. & alij apud Farinacium, de varijs, & diuerſ.crim.quæſt.110. numer.3. & apud Flaminium

C de Rubeis conſilio 11. Fundamentum eſt in l.in lege. ff.ad legem Aquil. vbi etiam leuiſſima culpa uenit in lege Aquilia. Quod communiter intelligitur, quando conſiſtit in faciendo; ſecus ſi in omittendo, ut poſt infinitos adductos tradit Farinac. loco ſupra notato, num.24.

Hæc poſterior ſententia veriſſima eſt. Nam hæc duo ſimul ſtare poſſunt, quod conductor de leui culpa teneatur, & non de leuiſſima, ex natura contractus locationis; & ſimul etiam teneatur de leuiſſima culpa ex natura actionis, quæ competit ex lege Aquilia. Non agit dominus rei locatæ contra conductorem domus combuſtæ ex locato, ſed ex lege Aquilia, quæ generaliter proſpicit damnum paſſo, ut emendationem recipiat ab eo, qui culpæ leuiſſimæ obnoxius eſt. Hæc generalis actio non repugnat ſpeciali ex locato. Poteſt enim carere culpa conductor, quatenus conductor

D eſt; illa (inquam) culpa, quæ venit in contractu locationis, & in culpa eſſe, quatenus habitator eſt in domo alterius, quia lex Aquilia conductores non eximit à ſua vi, & poteſtate; ſed continet omnes, qui damnum dederunt in re aliena, l. ſi vſufructus, §. de præteritis.ff.de uſuſfruct. Et de conductore, quod teneatur ex lege Aquilia eſt text.in l.ſi ſeruus ſeruum, §. Proculus. ff.ad l. Aquil.

CAPVT LXXV.

Ad l.precib.C.de impub. & l. Centurio. ff. de vulg.

COntra ſententiam, quam amplexus ſum lib.4. Controuerſ.c.43. in conciliando ſimul l. precibus. C.de imp. & leg. Centurio. ff. eodem, militem poſſe quidem directo ſubſtituere poſt pubertatem, ut habetur in dicta l. Centurio, uerum huiuſmodi

modi substitutionem directam sustineri in vim fidei- A
commissi, vt habetur in d.l.precibus, difficultas moue- tur per Clarissimum, & Excellentissimum Domin. Massinum mihi singulari amicitiæ vinculo coniunctum, etsi non de facie notum: quem & honoris caussa nomino, & bene meritum de literis nostris prędicare, & celebrare soleo.

Primò: quia si miles potuit directo substituere post pubertatem, nihil proponitur, cur talis substitutio etiam iure directo valere non debeat. Secundò: quia in casu d.l.Centurio, substitutionem directo ualuisse indicare videtur illud verbum, Capiet, quod etiam in casu post pupillarem ætatem repetitum intelligitur. Tertiò: quia si valeret iure fideicommissi post pubertatem in casu d. l. Centurio, cogeremur intelligere fructus inuentos in hæreditate, de quibus fit mentio in d.l.Centurio, intelligere de fructibus inuentis in hereditate filij instituti: quod est absurdum: vt postea disputando concludit in d.l.precibus, nu. 239. & seqq. B

Istis non obstantibus, maneo in priore sententia, motus ex ijs, quę ibi adduxi.

Ad primum argumentum respondeo: etsi miles directo substituere possit filio suo post pubertatem, non tamen sequi eiusmodi substitutionem valere iure directo: quia dicimus valere iure fideicommissi, & id probatur ex dicta lege precibus, in illis verbis: *Veluti ex caussa fideicommissi*. Quando bona pupilli sunt vnita cum bonis testatoris: quia sicut directa substitutio non valet in bonis pupilli, l. miles ita §. exhæredato, de mil. test. ita non ualet etiam in bonis testatoris, ne hęres directus sit pro parte tantum hæres contra uoluntatem militis testatoris qui in totum uoluit esse, id est, tam in proprijs bonis quam in bonis filij sui. Aliud esset, si directo substitueret in bonis suis proprijs tantum; quia miles potest hæredem ad tempus facere, l. certi, C. de testam. mil. & sic potest facere alium hæredem directum post mortem filij sui puberis defuncti. Nec C
obstat, quod nullum esset hac in re. Priuilegium militare, cum etiam pagani substitutio directa post pubertatem sustinεatur in uim fideicommissi. Quia id repugnat, l. uerbis ciuilibus, ff. de uulg. ubi dicitur; *Frustra fieri*. Non esset frustra, si ualeret in uim fideicommissi, ut dixi latius lib. 4. Controuers. c. 44. ubi ostendi, directam substitutionem à pagano factam, post pubertatem non ualere iure directo, nec iure fideicommissi.

Ad secundum de verbo capiet respondeo, intelligendum esse secundum l. precibus, uidelicet, ueluti ex caussa fideicommissi: Est enim probatum ibi à Iurisconsulto, & nihil aliud est capere quam cum effectu accipere, l. aliud est capere, de uerb. obl.

Ad tertium respondeo, illa uerba, *Cum fructibus inuentis in hæreditate*, quæ habentur in d. l. Centurio, intelligi debere de fructibus inuentis in hæreditate testatoris; non autem in hęreditate filij instituti; quia substitutus consequi debet bona patris tantum non autem bona filij, ut ibi dicitur, & in d. l. precibus. D

Non obstant argumenta, quibus contraria sententia nititur, nimirum; illa uerba accipienda esse de fructibus inuentis in hęreditate filij, quæ diligenter attulit, & confirmauit præclariss. D. Masin. num. 239. & seqq. Quia omnia & ipse expendi, & confutaui lib. 10. Controuers. c. 90. quę huc transferre non est necesse. Et ita puto iuris esse liberum alijs iudicium relinquens propter auctoritatem uiri doctissimi, quæ si me in aliam sententiam traxisset, non esset cur deberem erubescere, mutando priorem sententiam, quoniam hoc facere solitus sum ubicunque me errasse uideo, quod humanum esse omnes norunt.

CAPVT LXXVI.

De tacita pupillari substitutione an excludat matrem?

SCripsi hac de re lib. 4. c. 40. sed iuuat iterum dicere moreque Scholastico in disputationem reuocare, propter recentiorum commentaria in gratiam meorum auditorum. Communis est sententia matrem non excludi, vt testatur Riminald. iun. in l. precib. nu. 48. & Trentacinq. de substit. part. 1. c. 12.

Primum argumentum sumitur ex l. precibus, C. de impup. in illis verbis: *Successio omnimodo ad te pertinebit*. Dictio (omnimodo) præcisam habet naturam, gl. in l. si cum exceptione, §. quatenus, ff. quod met. caus. c. ex parte 1. de off. de leg. & sic text. innuit, successionem indistinctè ad matrem pertinere. Respondet Dec. in d. l. precib. in 4. not. dictionem illam non fuisse positam in text. respectu pupillaris tacitæ, de qua nulla fit mentio; sed respectu pupillaris expressæ, & compendiosæ, de quibus loquitur inferius. & dicit: modo matrem, modo substitutum admitti. Replicat Riminald. iun. num. 63. dictionem illam denotare, quod mater in vniuersum succedat, excluso substituto; quia vniuersalis affirmatiua in totum affirmat, sicut vniuersalis negatiua in totum negat, & nihil incomprehensum relinquit, leg. si is qui ducenta, §. rerum, de rebus dubijs capitol. solitæ, de malo. & obed. Tollitur hæc Riminaldi iunioris consideratio: quia vniuersalis oratio restringitur ad caussam, de qua agitur, l. si de certa, C. de transact. l. tres fratres, ff. de pact. cum igitur in text. agatur de uulgari substitutione, nec fiat vlla mentio de tacita pupillari; restringi debent illa verba ad uulgarem.

Secundum. Pro communi sententia inducitur tex. in d.l. precib. in sua decisione quatenus mortuo pupillo matrem admittit, nulla ratione habita tacitæ pupillaris, quæ continetur in uulgari? Respondet Fulg. non constare, quod filius ibi decesserit in pupillari ætate. Replicat Alexand. immò præsupponit hoc debere: quia, si filius pubes fuisset, potuisset concedere testamentum, & alium hæredem instituere, puta filium, (inquit Cagnol.) & sic non fuisset uerum, quod omnimodo ad matrem successio pertinuisset, prout text. dixit. At Dec. defendit Fulgos. quia decisio tex. debet intelligi rebus sic stantibus, l. quod Seruius, ff. de cond. causa data, & sic debet intelligi, prout loquitur, mortuo filio, simpliciter: non autem, ubi filius pubes factus testamentum fecisset, & alios hæredes instituisset. Tunc enim aliud esset dicendum; propter diuersitatem terminorum. Et si uero ex his defendi possit responsio Fulgos. tamen rectè uidetur refutari a Rim. iuo. num. 69. ea ratione, quod text. indeterminate loquatur de tempore mortis filij. Ergo de omni tempore accipi debet, l. in uenditione, §. de tempore, ff. de bonis auth. iud. possid. Bart. in l. 1. ff. de aleato. Respondet igitur secundo loco Fulg. & post eum Dec. in illo text. factam fuisse uulgarem substitutionem tantum, ut patet ex illis uerbis: *Primo tantum casu habuit substitutum*, merito in illa non continetur tacita pupillaris, Alexand. in l. quamuis: C. de impub. Anchar. consil. 357. ex serie. Cagnol. replicat nu. 92. in d.l. precibus, illa uerba esse Imperatoris: non autem testatoris, quod continet dictam narrationem. Aliter etiam respondet Clariss. Dom. Massinius in d. l. precibus, nimirum ibi agi de testamento militis, in quo nuda uoluntas seruatur, l. 1. ff. de mili. testa. ideo in uulgari expressa non continetur pupillaris tacita, quia illa prouenit ex interpretatione legis, l. iam hoc iure, ff. de uulg.

Tertium. Inducitur pro eadem communi senten-

tia

tia idem text.in d.l.precibus per Iaſonem, quia Imp. voluit omnes caſus exprimere. Ergo videtur etiam determinaſſe caſum iſtum, quando filius mortuus fuit in pupillari ætate, vt ſcilicet mater ſuccedat excluſo ſubſtituto. Reſpondet Dec.ibidem, non potuiſſe caſum hunc tacitæ pupillaris decidi in d.l.precibus, quia erat dubius articulus inter Iuriſconſultos tempore illius legis: an tacita pupillaris excluderet matrem, vt patet ex l.vlt, C.de inſt. & ſubſtitut. & text. dicit. *Nam non eſt incerti iuris*. Ergo non poteſt hoc intelligi de tacita pupillari: quia ius erat incertum, ſed de vulgari expreſſa intelligi debet, de qua tex. loquitur in qua erat certum, & indubitatum, quod poſt aditam hæreditatem expirabat, l.poſt aditam, C.eod.tit. Nec valet ratio Rim.iun. iſtud fuiſſe indubitatum ipſi Imperatori, qui omnia iura in ſcrinio pectoris habet, l.omnium, C.de teſtamen. Quandoquidem ante l. vlt. C.de inſtit.& ſubſtit. res erat controuerſa, inter Iuriſconſultos, nec vllo Cæſarum reſcripto declarata, ac definita.

Quartum argumentum. Inducitur idem text. in d.l. precibus per Iaſonem ex regula l. cum Prætor, de iudic. Vnius incluſio eſt alterius excluſio. Sed text. includit pupillarem expreſſam, & dicit per eam excludit matrem; ergo excludere ab hac matris excluſione videtur tacitam pupillarem. Reſpondet Dec. excludere potius compendioſam, de qua ſtatim loquitur aduertentè per illa verba: *Si verò &c.* Quia per compendioſam mater non excluditur a bonis filij, vt ibi ſubiungitur in tex.

Quintum argumentum. Pro eadem ſententia Rimin.iun. in d. l. precibus, ponderat text. in ver. eius dum ait; (eius) ſcilicet filij ſucceſſionem ad matrem pertinere, ergo non ad ſubſtitutum: qui tamen per tacitam pupillarem, ſi fuiſſet admiſſus, obtinuiſſet bona ipſius filij, vt habetur in inſt. de pupill. ſubſtit. Reſpondeo illud verbum eius non denotare ſucceſſionem ipſius filij, & bonorum eius diſtinctam à bonis patris: ſed ſignificare poſſe bona filij, quia hæreditas patris adita per filium, non eſt amplius hæreditas, ſed dicitur patrimonium filij. l.1.& ibi gloſ. §.veteres, de acq. poſſ.

Sextum. Adducitur tex.in l.vlt. ſup. de inſt. & ſubſtit. ubi mater ſuccedit filio nulla ratione habita tacitæ pupillaris, quæ continetur in vulgari: & ſic uidetur ibi quæſtio tota deciſa. Reſpondet Dec. in illa facti ſpecie matrem fuiſſe datam cohæredem filio, quæ circumſtantia non eſt in quæſtione hac noſtra. Replicat Cagnol. iſtud potius reddere caſum dubitabilem contra matrem: quia dicendum uidebatur, eam contentam eſſe debere parte hæreditatis ſibi data? Non placet mihi hæc conſideratio Cagnoli: quia textus ibi fundatur in hac ratione, quod mater data fuiſſet cohæres filio. Si enim teſtator uoluit eam habere partem hæreditatis ſuæ, multo magis credendum eſt, uoluiſſe luctuoſam filij hæreditatem ad eam peruenire.

Septimum. Adducit Bart.in l.2.num.34. ff. de vulg. hanc rationem: quia mater non habet querelam de inofficioſo teſtamento, quando pater eam excludit per pupillarem ſubſtitutionem, l.Papinianus, §. ſed neque, ff.de inoff. aliter ergo dicendum uidetur, ubi mater excluditur legis interpretatione. Hoc enim uidetur eſſe iniquum. Reſpondetur, excluſionem matris ex vi tacitæ pupillaris in conſequentiam venire: qui enim vult antecedens, vult etiam conſequens, §. ad legatum, l.ad rem mobilem, ff.de procurato. Cum ergo lex velit in vulgari expreſſa contineri tacitam pupillarem, conſequens eſt, ut uelit etiam per eam excludere matrem pupilli, ſicut excluditur per expreſſam pupillarem.

Octauum. Mouetur Socin.ſen.in l.2.numero 22.de

A vulg. quia tacita pupillaris eſt quædam ficta ſubſtitutio. Fictio autem non habet locum ceſſante æquitate, l.denique, ff. ex quibus cau.maio. Ceſſat autem æquitas, quando agitur de matris excluſione. Reſpondetur: pupillarem tacitam non eſſe fictam ſubſtitutionem, ſed præſumptam ex coniectura mentis teſtatoris, d. l.iam hoc iure, de vulg. Eſt autem aliud fictio, aliud præſumptio, ut notat gloſ. in l.vni. ff.accedit. C.de rei vxo. act. tradit Menoch.libro 1.præſum. 8. & ſic ceſſat argumentum, quia uoluntas teſtatoris etiam tacita ſeruanda eſt, lege cum virum, C.de fidei commiſſ.

Nonum. Bald.colum.4.in d. l. precibus. mouetur ex eo, quod iniquum uidetur matrem excludere a luctuoſa filii hæreditate, ut colligitur ex dicta l.vltim. C. de inſtit. & ſubſtit. Sed iam reſponſum eſt ad d. l.vltim. quia reſtringi debet ad illam facti ſpeciem, de qua loquitur.

B Decimum. Iaſon mouetur: quia diſpenſationes contra ius ſunt odioſæ, c.ordinarij, de off. ord. libro 6. cap.1.de filijs presbytero. lib.6. Lex autem diſpenſat, ut mater poſſit excludi per pupillarem expreſſam: ergo non videtur hæc diſpenſatio amplianda ad tacitam pupillarem. Reſpondetur: imò hanc eſse fauorabilem materiam, & ideò extendendam, c.odia, de reg. iur. in 6. eſt enim fauor filij, ut habeat ſubſtitutum. Inſtit. de pupill. ſubſtit. tradit Bartol.in d.leg.iam hoc iure.

Contrariam ſententiam amplexi fuere Fulgoſ. in l. vlt.ſup.de inſtit.& ſubſtit. Dec.in d.l.precibus, & Curt. iun.num.26. Vigl. inſt. de pupill. ſubſtit. D. Maſſinius in d l.precibus, num.132. alios refert Menoch. libro 4. præſump.39. nu.23.

I. Pro hac ſententia adducitur text. in d.l. vltima, ſup. de inſtit. & ſubſt. ubi mater non excluditur per
C tacitam pupillarem: quia fuit data cohæres: ceſsante ergo illa ratione excluderetur. Omiſsa reſponſione Cagnoli, & Rimin.iun. dicentium: illam rationem eſse potius contra matrem, quia cum partem hæreditatis haberet, uidebatur dicendum, ea contentam eſse debere. Alia reſponſio accommodari poteſt, uidelicet, in illa lege duas rationes fuiſse, vnam: quia mater data fuit cohæres: alteram verò, quia non eſt æquum excludere a luctuoſa filij hæreditate. Ceſſante ergo una ex iſtis rationibus, non ceſsat legis diſpoſitio, §.affinitatis, inſtit.de nupt.

II. Adducitur text. in l.iam hoc iure, de vulg. vbi ponitur regula: *Quod in vulgari expreſſa continetur tacita pupillaris*: & duo ponuntur limitationes. Vna, quando inter filios adeſt aliqua inæqualitas. Altera, quando repugnat uoluntas teſtatoris, nec ponitur iſta exceptio, quando eſt mater in medio, ne excludatur. Reſpondet Rim.iun. non excluſi caſus ſimiles. Et dicuntur ſi-
D miles, quando habet eandem rationem, l. qui libertis, de vulg. Eſt autem eadem ratio, quando mater excluditur: quia hoc uidetur abſurdum, & contra uoluntatem teſtatoris.

III. Adducitur, regula taciti, & expreſſi eadem eſt, &c. l.cum quod, ff. ſi certum petat. Reſpondetur non procedere, ubi agitur de nocendo. Nam expreſſa nocent; non expreſſa non nocent, leg. expreſſa, de regul. iur.

IV. Adducitur tex.in l.Lucius, de volg. vbi pupillaris tacita, quæ continetur in reciproca matrem excludit. Reſpondetur ex doctr. Bart. in l.2.nu.32. de vulg. illam non eſse omnino tacitam, ſed expreſſam, uerbis tamen generalibus.

V. Quia vulgaris expreſsa extenditur ad tacitam pupillarem, l.quamuis, C. de impub. ſed extenſio fit cum omnibus qualitatibus, l. ſed ſi manente, ff. de precario. Ergo fieri debet extenſio cum eiſdem qualitatibus, quas hēt volgaris: inter quas eſt iſta, quæ ma-

trem

tem excludit. Respondetur extensionem fieri non A posse, quando ex ea aliquis indebitè damnnm pateretur, sed tunc fieri debet restrictio Bar. in l. omnes populi, nu. 55. de iust. & iure; Ias. in l. vlt. §. in computatione; num. 12. & 13. C. de iure delib. Mater autem indebitè damnum pateretur: quia excluderetur ab hæreditate filij et debita, l. nam etsi de inoff. test.

VI. Adducitur l. si pupillus, de acq. hæred. vbi interest pupillo habere substitutum pupillarem. Respondetur: non rectè inferri ad præiudicium, & exclusionem matris, quando non constat de voluntate testatoris expressa.

VII. Adducitur: causa testati facit cessare caussam intestati, l. quamuis, de acq. hæred. ergo non possit esse locus caussæ testati, per quam substitutus succedet, cessare debet caussa intestati, ex qua mater admittitur. Respondetur, id procedere, quando constat de voluntate testatoris. Sed hic non constat, quod testator voluerit substitutum admitti filio moriente B in pupillari ætate.

VIII. Adducitur: quia testator prætulit in suis proprijs bonis substitutum vulgarem matri: ergo multo magis in bonis ipsius filij. Respondetur, negando consequentiam, quia bona testatoris non debentur, matri sicut debentur bona filij, leg. nam etsi, ff. de inoff.

Quid dicendum? Videbatur mihi prima fronte verior sententia contra communem. Quia communis non uidetur habere aliquod fundamentum satis firmum: contraria autem habet pro se regulam: *Quod in vulgari continentur pupillaris*, d. l. iam hoc iure. Nam fundamentum ex l. precibus, non videtur solidum. Primò: quia loquitur de substitutione facta in primum casum, ad differentiam pupillaris, quæ dicitur fieri in secundum casum. Et sic in primo agitur tantum de vulgari. Secundò: quia loquitur de testamento militis, in quo nuda voluntas ipsius spectatur, l. 1. de mil. testam. & consequenter in testamento militis tacita pupillaris non videtur contineri in- C expressa vulgari: quia hoc venit ex legis interpretatione, non autem ex verbis; fundamentum autem ex d. l. vlt. supra, de instit. & substit. corruere videtur; quia ibi vnica tantum ratio uidetur considerari, quod scilicet, mater cohæres data fuerit. Et quia ibi fuit substitutus, si filius non nasceretur. Ergo si nasceretur, non fuit substitutus: quia filius fuit institutus sub conditione si nasceretur. Auth. & Bald. in l. qui hæres, §. ex parte, de acq. hær.

Quibus tamen non obstantibus, amplector communem sententiam. Primò ex dicta l. precibus, quatenus loquens de primo casu facit mentionem patriæ potestatis. Nam patria potestas consideratur respectu pupillaris substitutionis; non autem respectu vulgaris: & quia nulla ratio dubitandi fuisset, si de vulgari tantum loqueretur. Secundò mouet ex dicta lege vlt. supra de instit. & subst. Primo consideranda duplicem rationem. Vna fuit, quia mater data D fuit cohæres. Altera, quia præsumitur, voluisse luctuosam filij hæreditatem ad matrē peruenire. Quod autem duplex ratio fuerit, ostenditur ex eo, quia sic argumentatur Imperator: si uoluit testator matrem succedere cum patre hæreditatis suæ, multo magis videtur, voluisse eam succedere in hæreditate luctuosa filij sui. Modus loquendi per comparatiuum est: Testator præsumitur, uoluisse luctuosam filij hæreditatem ad matrem peruenire, sed multo magis, quando matrem instituit in parte sua hæreditatis propriæ. Comparatiuum relinquit formam positiui in altero extremo, l. cum filius, §. pater, & ibi Bar. de leg. 2. est text. in l. vbi autem, de verb. oblig. Secundo considero text. admittere substitutum eo tantum casu, quo filius non nascatur, uel prior mater decesserit. Ratio du- A bitandi erat: quia nato filio, & mortuo videbatur substituto locus ex tacita pupillari. Contrarium deciditur propter fauorem matris, quo cessante vt quia mater præmoriatur, substitutus admittitur. Ecce non dicit tex. substitutum admitti cessante illa ratione, quod mater fuerit hæres instituta in parte hæreditatis: ibi ergo non est fundamentum decisionis, sed in fauore matris. Tertiò: quia res est dubia. At in dubio caussa testati regulatur secundum caussam intestati, l. cum ita, §. in fideicommiss. de leg. 2. Et testatoris voluntas præsumitur conformis iuris dispositioni, l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. Quartò; quia substitutus tractat de lucro, mater de damno: est enim illi debita filij hæreditas. Ergo mater præferenda, l. vlt. C. de codicill.

Ad primum argumentum dico, tex. loqui de vulgari, quatenus continet tacitam pupillarem; alioqui nulla fuisset ratio dubitandi, ut supra dixi. Et quod B dicitur in testamento militis spectari nudam uoluntatem, hunc sensum habet; quod possit miles testari, prout vult; sed non excluditur iusta interpretatio, vt patet ex l. 3. ff. de mil. test. Ad textum in dicta l. vltima, supra de instit. & substit. dico probare ex rationib. iam deductis.

CAPVT LXXVII.

Additio ad cap. 99. lib. 1. de remissione caducitatis emphyteusis Ecclesiasticæ per canonis præteriti receptionem.

Dixi libro 1. cap. 99. in vers. quarto conclusio. Si de emphyteusi Ecclesiæ agatur, non censeri remissam caducitatem ex receptione Canonis debiti pro tempore præterito adducens Ias. in l. secunda, numero 127. C. de iure emphyt. Addo Iasonem hoc dicere, numero 130. distinguendo inter C Ecclesiam collegiatam, & non collegiatam. Si Ecclesia non sit collegiata, prælatus potest remittere caducitatem per receptionem Canonis prædicti. Si verò Ecclesia sit collegiata, secus dicendum est. Et hæc communis sententia, quam & ipse amplector, vt per Clar. §. emphyteusis, quæstione decima, versicu. sed nunquid, Corbul. de iure emphyteus. capitulo decimoquinto, limit. 21. numero quinto, versic. tertia conclusio est.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum pater teneatur filiam dotare iure actionis, uel ex officio iudicis?

Existimauit glossa in leg. obligamur, §. lege, ff. de actio. & oblig. patrem teneri filiam iure D actionis dotare. Quam sententiam communem esse testatur Curt. iunior, in authen. res quæ, numero vigesimoquinto, C. commun. de leg. Fundamentum est: quia pater ad dotandam filiam à lege obligatus dicitur. Coguntur enim (inquit Martianus in leg. qui liberos, ff. de ritu nupt.) filias in matrimonium collocare, & dotare. Quod cum ita sit, certè officium iudicis non competet, cum nullam præsupponat obligationem, l. qui per conclusionem, ff. de actio. empto. Magis igitur erit, ut iure actionis dotare teneatur.

Hoc fundamentum corruere mihi videtur considerando verba dictæ legis qui liberos. Hæc sunt verba Martiani: *Qui liberos quos in potestate habent, sine iniuria prohibuerint uxorē ducere, uel nubere: uel qui dotem dare non uolunt ex constitutione Diuorum Seueri, & Antonij, per Proconsules, Præsidesq́; prouinciarū coguntur in matrimonium collocare, et dotare.* Quis non uidet uerba

illa,

i la: dotare &c, in matrimonium collocare coguntur non ad patrem: ſed ad proconſules, ceteroſque Iudices referri?

Quocirca contrariæ ſententiæ calculum præbeo, quam tenuit Bar.in l.Mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Trebel.& in l.qui liberos,de ritu nupt. Salycet. in l. fin.num.15.C.de dot. promiſ. & communem teſtatur Gul.de Benedict.in cap.Rainut.in ver.dotem,num.24. extra l.de teſta.Anan.in c.1.num.5.de adulter. Fundamentum enim præclarum habet in d.l.qui liberos,quatenus ibi patet per Proconſules Præſideſque filiam dotare compellitur, vt ſupra dixi. Quæ verba oſtendunt, competere officium iudicis ad tradit.per glo.& DD.in l.ſi ſoror, C.de collat.

CAPVT LXXIX.

An ad validitatem donationis inter virum & vxorem neceſſaria ſit vera & realis traditio; an verò ficta ſufficiat?

PEr fictam rei traditionem donationem inter virum & vxorem confirmari voluit gl.in l.2. C.de dote caut.non num Bar.Bal.Salyc. & Fulgoſ. in l.Papinianus,ff.de donat.inter vir.& vxor.Cyn. Saly.in l.1.C.de don.ante nupt.Socin.in l.j.§.ſi vir.vxori, n.14. de acq.poſſ. Palat.Rub.in rub.§.76.nu.7.& ſeqq Gabr. tit.de don.concl.3.in fine.Fundamentum conſiſtit. Primò in l.cum hic ſtatus,§.ſiue autem,ff.de don.inter vir. &vxor.vbi,ſi maritus remittit obligationem vxori,qua tenebatur,talis donatio confirmatur morte:& tamen ibi non interuenit traditio vera,ſed ficta: Ergo illa ſufficit.Secundò adfertur tex.in l.3.§.ſed ſi debitorem, ff. eo.tit. vbi ſi maritus iuſſerit debitorem ſuum ſoluere vxori quantitatem ſibi debitam & debitor ſoluit,debitor remanet liberatus, & vxor videtur talem pecuniã habere ab ipſo marito,vnde donatio ſtatim non ualet: ſed morte confirmatur. Ergo ficta traditio ſufficit.

Contrarium in propoſita quæſtione voluerunt Caſt. in l.1.§.ſi vir vxori,ff.de acq.poſſ.num.5.vbi & Aretin. Iaſ.& alij.Bald.in l.ex teſtamento, in fine, C.de fideic. & in cap.2.de feudo dato in vic.l. commiſſ.Ripa lib.3. reſponſ.cap.17.in fine, ubi alios citat. Et hæc poſterior ſententia mihi quoque probatur. Fundamentum conſiſtit in d.l.1.§. ſi uir uxori, vbi ideò poſſeſſio transfertur:quia traditio,quæ eſt facti, iure ciuili impugnari non poteſt. Ergò à contrario ſenſu, ſi traditio eſſet iuris,prout eſt ficta traditio,tunc eſſet impugnata à lege:& per conſequens,poſſeſſio non transferretur. Præterea confirmatur hæc opinio. Quia, quando contractus principalis non valet,ſimiliter non valet etiã quælibet alia clauſula poſita in tali contractu, text.eſt in l. fin.C.de conſtit.pecu.l.cum principalis,de reg.iur. Ergo, cum contractus iſte ſit ipſo iure nullus, certè quilibet actus fictus in eo poſitus ſimiliter erit nullus. Denique accedit doctr.Baldi in l.Non dubium,C.de legibus num.18.ubi dicit;quod quando contractus, vel titulus eſt immediata cauſſa poſſeſſionis, tunc ſi non tenet,nec valet contractus, non tranſit poſſeſſio,argum. text.in l.ſi aliquam rem,ff.de acq.poſſ. Sed quando in aliquo contractu interuenit actus aliquis fictus, tota virtus poſſeſſionis, & intentio partium dependet ab ipſo contractu: quia actus ille fictus acceſſoriè ponitur, & non principaliter. Ergo ſi contractus non tenet, non poteſt transferri poſſeſſio:quia actus ille fictus non habet effectum. Licet ſecus ſit, quando interuenit traditio vera:tunc enim transfertur poſſeſſio,quia contractus non eſt immediata cauſſa acquiſitionis poſſeſſionis,ſed ipſa uera,&actualis traditio,arg.d.§.ſi uir uxori.

Non obſtat tex.in l.cum hic ſtatus, §. ſiue autem,de don.inter uir.& uxor. quia reſpondetur: textum illum non rectè probare. Loquitur enim in caſu, in quo nul-

A la traditio uera poteſt interuenire in remiſſione, uidelicet obligationis:nec agitur ibi de donatione alicuius rei corporeæ; ſed tantum de donatione obligationis conſiſtentis in iure;unde aliter non poteſt tradi, quam per remiſſionem,uel per acceptilationem. Non obſtat etiam tex.in l.3.§.ſi debitorem: quia ibi uxor uerè accepit rem ab alio; licet fusè uideatur habere a marito propter mandatum factum debitori.

CAPVT LXXX.

Vtrum res prohibita alienari, præſcribi, uel uſucapi poſſit?

EXiſtimauit gl.in l.2. C. de vſucap.pro empt. rem prohibitam alienari,vſucapi,uel præſcribi non poſſe. Quam ſententiam communem dicit Ripa in l.filiusfamilias,§.Diui.de leg.1.nu.113.Alex.conſ. B 1.nu.23.vol.4.Bar.in l.ubi lex,ff.de uſucap.Tiraq.de iure primog.q.30.nu.4.& in tract.de vtroque retract.§.j. gl.9.n.246.Socin.reg.13.in ver.alienare,Gabr.lib.5 tit. de præſcr.concl.13.Corn.conſ.294.col.pen.uerſ.his tñ, uol.3.Soc.conſi.251.nu.23.uol.2.Alex.conſi.74. col.fin. uol.3.Balb.in tract.de præſcrip.4.par.quartæ par.prin. q.18.Calca.conſi.16.nu.74.Bec.conſi.25.in fine. latiſſimè Surd.conſi.276.per tot.& deciſ.3.nu.24.Fundamentum eſt in l.alienationis uerbum,ff.de uerb.ſignifi. ubi alienationis uerbum etiam uſucapionem continet, ut expreſsè ſonant uerba textus: *Alienationis* (inquit Paulus) *verbum etiam uſucapionem continet.*

At contra Bart.in d.§. Diui, cuius opinionem ſecuti ſunt Bald.in l.1.colum.6.uerſ.quædam non poſſunt, C. de ſeru.fugit.Angel.in l.1.in fine,C.de præſcript. longi temp.Bald.Socin.conſi.75.col.2.uol.1.ubi communem dicit Tiraq.de retract.Lignag.glo.9.num.297.ubi alios allegat.uide etiam Surdum d.conſi.276.nu.4. ubi alios C adducit Pinell.in auth.Niſi triennale,num.20.C.de bono.mater.Fundamentum Bar.eſt: quia res prohibita alienari, conſenſu omnium fideicommiſſariorum poterit alienari,l.nihil,§.omnibus,de leg.j.Ergo poterit præſcribi tanquam omnes fideicommiſſarij per patiẽtiam cenſeantur conſenſiſſe præſcriptioni,l Alienationis verbum,de uerb.ſign. Præterea,res,quæ poteſt alienari,ſeruata certa ſolennitate,poteſt præſcribi ſecundum Bart. in l.fin.C.in quib.cau.in integr.reſt.non eſt neceſſ. Reſpondetur; aduertendum eſſe,quia refert, quod res ſit ſimpliciter & abſolutè alienari prohibita, uel quod ſit prohibita ſine certa ſolennitate. Primò enim caſu non eſt locus præſcriptioni.ita Bartol.in l.fi. C.com. de leg. Abb.in cap.cum non liceat,de præſcr.Secundo uero caſu admittitur præſcriptio:quia eſt alienatio legis, quæ non exigit aliquam ſolennitatem.Et ita his argumentis reſpondent DD.in l. fin. C. in quib. cau. in integr. reſt. D non eſt neceſſ. Ripa,in d.§. Diui,num.113.Corn.conſ. 294.col.fin.uol.3.Ruin.conſi.75.num.8. uol.1. & alij apud Surd.d.conſ.276.num.16.

CAPVT LXXXI.

Vtrum ſuprema poteſtas Principis præſcribi poſſit?

PRæſcribi non poſſe huiuſmodi ſupremam poteſtatem,noluit Abbas in cap.per uenerabilem, colum.fi.qui filij ſint legit. & in c. cum non liceat,de præſcr.& hæc opinio communis eſt, teſte Soc. conſi.275.col.3.lib.2.

Fundamentum conſiſtit in l. competit, C. de præſcrip.30.uel 40.annor. ubi præſtatio tributi, quæ ſit in recognitionem vniuerſalis dominij, tempore non tollitur. Quinimò ſuprema poteſtas,cum a Deo eſſe dicatur, Auth. quomodo oporteat epiſcop. & gloſ. in ver. Sancimus, certè inpræſcriptibilis eſt, ad trad.

per Innoc.in c.bona,col 2 de poſtul.præl.

Contrarium voluerunt Bat.in l.j.§.Denique,ff.de aqua pluu.arcen. & in l.infamem,C.de publ.iud.& in l. hoſtes.ff.de captiu.& cõem teſtatur Boer.dec.264.nu. 19 Balb.de præſc.2.p.verſ.x.principaliter 5. par.prin.n. 1.Fundamentum eſt in c.ſuper quibuſdam.§.præterea, de ver.ſign.vbi Tabellionum inſtitutio, legitimatio & ſimilia,quæ principi competunt, præſcribuntur.

Verum ſi quidem de iis loquimur, quæ principi in ſignum ſupremæ poteſtatis competunt, aut in ſignum dignitatis principalis eidem principi præſeruatæ,certè nulla præſcriptio locum habere poteſt.Hæc etenim ita Principis oſſibus inhærent,vt ab ipſo nullo pacto, nulloque iure diuelli queant,ſicuti tradit Io.And.ad Spec. tit.de iuriſ.om.iud.in gl.magna, Dec. conſ.303.colum. 2.Boer.deciſ.50.nu.12.Cou.in reg.poſſeſſor.2.p.§.2.n.7. Et ita procedit fundamentum primæ opinionis.Si verò de iis loquamur,quæ non debentur principi in ſignũ ſupremæ poteſtatis;ſed tantum ratione dignitatis præſeruatæ,vt nullus ea præter principem expedire poſſit, vt tabellionum inſtitutio,legitimatio,& ſimilia,quorũ mentio fit in d.cap.quibuſdam,& per DD.in c. 1. quæ ſint reg.hæc certè præſcribi poterunt,Bart.in l.ſi publicanus,§.vlt.ff.de publ.latè Couar.vbi ſup.verſ.Tertia ſpecies.Atque ita procedit ſecunda opinio, & ipſius fundamentum.Vide Surdum,deciſ.1.

CAPVT LXXXII.

Vtrum in præſcriptione immemoriali requiratur ſcientia & patientia aduerſarij.

NEgat requiri gl.in l.hoc iure,§.Ductus aquæ.ff. de aqua quotid.& æſti.cuius opinio com. eſt ſecundum Alex. conſ.6. vol.1. Iaſ. in l.Imperium,n.u.20.de iuriſ.omn.iud.Balb.in tract.præſc.2 par. 3.par.princ.verſ.5.& 6.quæſt.10,nu.23. Dec. conſi.85. Tiraq.de iure primog.q.4.nu.45.Fundamentum eſt:quia in præſcriptione tanti temporis præſumitur titulus,& bona fides,& omnia ſolemniter acta ad trad.per Balb. vbi ſup.& Bal.in c.ſi diligenti,in fine de præſc. c.1.de præſc.lib.6.c.ſuper quibuſdam.§.Præterea, de verb.ſig. l.Hoc iure,§.Ductus aquæ,de aqua quot. & æſtiu.

Contrarium tenuit Bar.in l.ſi Publicanus,§.in omnibus.ff.de publ.& vectig.n.2.Palat.Rub.in repet. c. per veſtras.§.ſed eſt pulchra dubitatio,nu.35.de don. inter vir.& vxor.Fundamentum Bar.eſt in l.2. C.de ſeruitut. vbi probatur,in præſcriptione iurium incorporalium requiri ſcientiam eius,contra quem præſcribitur. Procederet argumentum in præſcriptione 20.vel 30.annorum,non in præſcriptione immemoriali, quæ vim habet tituli,& priuilegij, vt ſupra dixi.

CAPVT LXXXIII.

Titulus an requiratur in præſcriptione ſeruitutum realium?

NOn requiri titulum voluit Bat. in l.ſeruitutes, de ſeruit.Imol.in c.ſi diligenti,de præſcr. Salyc.in l.1.C.de ſeru.Cæp.in tract. de ſeru.cap. 20.Fundamentum eſt in l.ſi quis diuturnus, ff. ſi ſeruit. vind.ubi Vlp.reſpondit,ſi quis diuturno vſu, vel longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit: non eſt ei neceſſe,docere de iure,quo aqua conſtituta eſt veluti ex legato,&c.Si non tenetur docere de iure.Ergo titulus non eſt neceſſarius.

Contrarium voluit gl.in d.l.ſi quis diuturno, Couaſ. in l.ſeruitutes,nu.31.ff.de ſeruit.& alij relati à Cæp.vbi ſup.Mouentur 1.ex l.2 C.de ſeruit.& aqua. vbi Imperat: *Exemplo rerum immobilium quæri ſeruitutes*, ſed res immobiles non niſi titulo quæruntur; ergo & ſeruitu-

A tes.Non rectè,quia illa verba, exemplo rerum immobilium,non ad titulum,ſed ad tempus referuntur. Secundò mouentur ex l.ſi.C.de præſcr.longi temp.vbi dicitur:eodem iure præſcribi ſeruitutes, quo & res immobiles.Minus rectè.Ait enim Imp.vicennio præſcribi res immobiles inter abſentes,eodem obſeruando, & in ſeruitutibus.Ergo quo ad tempus.Tertiò mouentur: quia ubicunque ius cõe,aut iuris præſumptio præſcribẽti aduerſatur, titulus neceſſarius eſt, qui poſſeſſori tribuat cãm præſcribendi,c.1.in fine de præſcr.in 6. Repugnat autem vſucapienti ſeruitutem iuris communis præſumptio,præſumit namque lex omnia prædia libera,l.alterius,l.ſi tibi,C.de ſeru.& aqua.Malè;quia præſumptio iuris non repugnat ei,qui longo vſu, & conſuetudine, longaque poſſeſſione ſeruitutem conſtituerit; imò pro ipſo præſumit,d.l.ſi quis diuturno,ff.ſi ſeruit.vind.Quocirca magis eſt,vt priori opinioni adhæream.

B

CAPVT LXXXIIII.

Vtrum iuramentum creditoris probetur fuga debitoris.

NOn probari nec ſufficere iuramentum ad huiuſmodi ſuſpicionem probandam, voluit Alex.in l.ſi fideiuſſor.§.ſi ſatis datum, n.1x. ibi Iaſ.nu.11.ff.qui ſatiſd.cog.quam cõmunem dicit, Dec. conſ.75.nu.1.Patiſ.conſi.101.nu.3.lib.3 Duen.reg.175. nu.3. Vin com.opin.177.nu.5.Maſcard.de probat.concluſ.8x; Burſat.conſi.241.nu.18.lib.3.Rol.a Val.conſ. 65.nu.11.lib.3.Vide Mancin.de iuram.par.4.eff 6.Menoch.de arbitr.caſ.87.num.5.

Fundamentum eſt:quia ſolum iuramentum nõ ſufficit ad id probandum,quod generat magnum præiudicium,vt colligitur ex l.in bonæ fidei,C.de reb.cred.Sed
C captura perſonæ, quæ poſtea eſt ex tali iuramento inſeritur,eſt magni præiudicij, & maioris quam captura rerum,Auth.& omnimodo, C. ne fil. pro parte. Ergo non poteſt fieri ſolo iuramento.

Cæterum contrariam ſentẽtiam amplexi ſunt Ang. Imola,Salyc.& Rimi:relati per Iaſ. in d.§.ſatisdatum, num.11.Marſil.ſing.28x.Natta conſil.430. num.11.& x6.lib.2.Patiſ.conſil.99.num.27.& 32. lib.3. latè alios refert Maſcard.d.concluſ.823.Turet.conſi.41.numero decimo:lib.1.Ioſeph. Ludou. deciſ.Peruſ.41. numero quinto,lib.1.

Fundamentum eſt: quia in his,quæ concernunt modicum præiudicium, ſufficit probatio per iuramentũ, argum.l.Teſſaurus,ff.ad exhib. Sed hoc videtur continere modicum præiudicium.Ergo,&c. Quinimo maximum præiudicium continet, cum ex tali iuramento poſtea ſequatur captura perſonæ,quæ magni eſt præiudicij, & maioris, quam captura rerum, ut ſupra diximus.
D Quocirca non video,cur a priori opinione recedi poſſit.

CAPVT LXXXV.

Ad cap.70.lib.4. An vulgari ſubſtitutio contineat pupillarem,ſtante ſtatuto,quod uerba teſtamentorum intelligitur ad literam?

ADde ibi dictis Menoch. de arbitr. caſu 197.de adipiſc.rem.4.num.225.& lib.4. præſum.36. num.43.& conſi.11.nu.16.

CAPVT LXXXVI.

Ad cap.61.lib.5. De adulto,an poſſit donare cauſa mortis abſque authoritate curatoris?

DIxi poſſe,quia teſtari poteſt:adduxique iura & Doctores.

Con-

Contrarium voluit Franc. Caldos in l.si curatorem, vers.hunc contractum,n.22.C.de in integr.rest.minor. vbi dicit esse magis communem. Cui non assentior. Mouetur:quia prohibitus contrahere,prohibetur donare cā mortis, l. Filiusfamil. de donatio. Respondeo. Non ita dicere ibi Iurisconsultum,sed dicit, filiusfam. non posse donare mortis caussa, sicut nec inter viuos. Iam respondi d.c.61.& summa hæc est:loqui de filiofam. in quo viget rō eadem tam in donatione caussa mortis,quā in donatione inter viuos. Non sic in adulto. quoniam donatio inter viuos reuocari non potest. At causa mortis potest: facilius ergo permittendum est,donare caussa mortis,quam inter viuos,sicut & testari. Secundo mouetur: quia vsurarius testari nequit: & tamen potest donare causa mortis. Respondeo. Id iure non probari:multos contrarium voluisse,quos secutus sum eodem lib.5.c.62.Et posito,quod contraria sententia reciperetur: nihil obstat,quia Summ. Pont. prohibuit vsurario testari in c.quāquam, de vsuris, lib. 6.Non prohibuit donare mortis causa.Hæc est odiosa & pœnalis materia, & ideo restringenda, c.odia de reg.iur.in sexto. Sed (vt dixi) verius puto,non posse vsurariū donare mortis causa sicut nec testari potest. Tertio mouetur: quia filiusfam. testari non pōt,etiam cum consensu patris,l.Qui in potestate,& ibi glos.de testam. & tamen donare causa mortis potest cum cōsensu patris, l.Tam is.§.1.de donat.caussa mortis. Respondeo. Argumentum de maiori ad minus non procedere negatiuè. Non potest quod plus est, ergo non potest quod est minus. Plus est testari, quam donare causa mortis.At procedit affirmatiuè: quia qui potest id quod plus est,poterit etiam id quod est minus, leg. Non debet cui,de reg.iur.

CAPVT LXXXVII.

An præsumatur solutio debiti ex diuturnitate temporis?

NOn reperio inter præsumptiones iuris vel probationes istam,quæ circumfertur: ex temporis diuturnitate præsumi factam creditori solutionem à debitore. Nec puto, iuris rationibus satis consonam esse: quia certum temporis spatium constitutum est ad præsumptionem inducendam,per quam tollitur actio, l.omnes, leg.sicut, C.de præscrip. iuris g. temp.30. vel 40 annor. concurrente videlicet ex bona fide,iuxta text.in c.vlt.de præscrip.

Proinde placet mihi Rotæ Romanæ annotatio in hoc proposito, quæ habetur decis.788.n.12.in 1.parte in nouissimis,vbi reiecit hanc præsumptionem, quam nullo fundamento inuexere Doctores apud Mascardum vol.3.de probatio.conclu.1318.nume.27.& apud Menoch.lib.3.præsumpt.135.nu.7. Nisi capiatur hæc præsumptio pro aliqua coniectura eò quòd non sit verisimile, creditorem tamdiu tacuisse, si ei facta non fuisset solutio. Maximè vero,si petere distulisset post mortem debitoris. Sed aliud est, coniectura quædam & suspicio;aliud verò iuris præsumptio, quæ transferre solet onus contrarium probandi in aduersariū. Primam agnosco. Altera mihi non videtur iuri satis consentanea,eamque planè reijcio nec amplector.

CAPVT LXXXVIII.

De impensa facta causa custodiæ,an compensari cum fructibus à malæ fidei possessore perceptis debeat?

SCribit Lud.Rom.sing.336.incip.Malæ fidei possessor, Bartolum errasse in l.cum quæreretur, §. Prædijs,de leg.3.dum scripsit:malæ fidei possessorem expensas factas custodiæ caussa non deducere. Hoc.n.esse contra casum l.si a patre vel domino, §.vlt. de pet.hær. iuncta l.si ita.§.vlt.de fund.inst. Addentes autem ad Rom.& Bart.dicunt conciliari posse opiniones distinguendo, inter custodiam temporalem & perpetuam, ex mente Doctorum; quos ipsi adducunt.

Ego verò affirmare ausim, Bartolum haudquaquā errasse. Nam hæc sunt verba text.in d.l. si à patre vel domino, §.vlt. *Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum,cogendorum conseruandorumq. eorum gratia fiunt.* Putat Romanus expensas factas pro custodia pertinere ad conseruationem fructuum,motus ex d.l.si ita, §.vlt. ibi: *Nam desiderant tam villæ, quæ agri custodiam,illic, ne quid vicini aut agri,aut fructuum occupent:hic,ne quid cæterarum rerum,quæ in villa continentur.* Quasi ad conseruationem fructuum spectet custodia,per quam fures amouentur.

Cæterum non sic putauit gl. in d.l. si à patre, vel domino.§.vlt.dum dixit:*Conseruandorumque vt in conducendis horreis.* Rectè, quia fructus conseruantur in horreis: non reperio fructus dictos conseruari per custodiam. At quid glossatore opus est, cum textum habeamus discretè exponentem, quid pertineat ad conseruationem fructuum? Vlp.in l.instrumenta de fundo instructo explicat, quæ dicantur impensæ factæ gratia quærendi, gratia cogendi, gratia conseruandi fructus, quæ sunt impensarum species, de quibus loquitur tex.in d.l.si à patre vel domino. Sic igitur Vlp. ait in d.l.instrumenta: *Conseruandi qualia sunt doliæ, licet defossa non sint vel cuppæ.* Vbi est igitur casus legis contra quam Bart.docuisse Romano visus est?

CAPVT LXXXIX.

Ad l. quicunque, C. de apochis, lib.10. ex solutione trium annorum continuata, an præsumatur solutio pro tempore præterito?

MArtianus in l.quicūque,C.de apochis,lib.10. scribit ita: *Si trium cohærentium sibi annorū apochas,securitatesque protulerit, superiorum tēporum apochas non cogatur ostendere: neq. de preterito ad illationem functionis tributaria coarctetur.* Gloss.in verbo sibi (scilicet præsenti conuentioni) gloss.in verbo annorum (scilicet proximiorum.) Ergo si debitor post solutionem trium annorum proximorum fuerit in mora, per aliquot annos non gaudebit huius legis beneficio, ita Francus decis. 137. qui alios adducit. Malè iudicio Menochij, libr.3. Præsump.139.cui & ipse subscribo,& omissis ijs,quæ ipse ibi copiosè atque subtiliter adducit contra Crauettæ.cons.313.

Fundamentum meum est:quia ratio latinis sermonis non patitur hanc expositionem,quam gl.attulit,& in qua fundatur illa conclusio.Si trium (inquit textus) cohærentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit. Cohærentia sunt,simul iuncta, connexa, continuata. Itaque si per tres annos sibi inuicem cohærentes,id est, coniunctos & continuatos debitor probauerit,se soluisse tributum, fundatam habet intētionem pro tempore præterito, & soluisse præsumitur, quod debebat ante illos tres annos: quia non est verisimile exactorem tàm supinum,tàm negligentem esse, vt recipiat solutionem continuatam horum trium annorum, omissa exactione annorum præcedentium. Verba igitur ipsius legis:& ratio eiusdem æquè viget, cum debitor postea moram admisit: quia respectu temporis præteriti fuit diligens in soluendo: & nunc est negligens. Non potest negligentia, & mora nocere diligentiæ,nec tollere ius antea quæsitum. Non dicit text. si trium annorum proximorum conuentioni securitates ostenderit,sed dicit:trium cohærentium sibi annorum, sibi inuicem continuorum & coniuncto-

rum. Illud verbum conuentionis non est in textu. Cur igitur verba clara legis æquitatis plena offuscare velimus, non satis video, ac proinde decisionem illam ausim repudiare; & sententiam amplecti contrariam, quæ videtur mihi verior.

CAPVT XC.

De iure patronatus an transeat in fideicommissarium?

SCripsi lib. 10. c. 94. ius patronatus non transire in fideicommissarium secutus sententiam communem. Sed doctissimus iuuenis iuxta, & nobilissimus Io. Baptista Lazaniæ patritius Genuensis ad omnem certè virtutem & gloriam natus admonuit, me non satis fecisse argumentis Molinæ lib. 2. c. 14. de primog. Hispan. & verum dixit. Sed rogauit eum, vt pro ingenij sui acumine & dexteritate iuuaret me; quia B res ageretur cum doctissimo Iurisc. nec argumenta essent parui ponderis, is pro ea qua præditus est singulari humanitate, egregiam mihi operã præstitit; quare si quid boni hoc caput cõtinebit, id non tam mihi referre debent acceptum iuuenes studiosi, quam studioso illi adolescenti Auditori meo, qui mecum laborauit.

Duo sunt præcipue, in quibus consistit Molinæ impugnatio.

Primum est, esse differentiam inter iura sepulchrorum, & ius patronatus: ac proinde non satis rectè inferri; iura Sepulchrorum non transeunt in fideicommissarium, ergo nec ius patronatus. Nã ius sepulchrorum non transit ad alium quam ad hæredem, l. ius sepulchri, C. de Relig. & sumpt. At ius patronatus legari potest & donari, c. quod autem, c. illud, de iure patron. Ius sepulchrorum permutari nequit, l. si quis, §. Senatusconsulto de relig. & sump. ius patronatus verò permutari potest, c. nemini regum, 16. quæst. 7.

C Ius sepulchrorum non transit in fiscum, l. si quis fuerit, de relig. ius patronatus transigit gl. in c. filijs, 16. q. 7. Ius sepulchrorum non potest vni ex hæredib. in diuisione assignari, l. si sepulchrum, C. de relig. Ius patronatus potest, gl. in clem. 2. ver. libere, de iur. patr. Ius sepulchrorum non transit in emptorem vniuersæ hæreditatis, gl. in l. si quasi in ver. q̃tu, ff. de hære. vel act. vend. Ius patronatus transit c. ex literis, de iure patron.

Ius sepulchri non transit cum vniuersitate vẽdita, nisi sit accessorium vel non remaneat aditus ad sepulcrum, nisi per ipsum fundum venditum. Glos. in l. quædam de acq. rer. dom. l. in modicis, de contrab. empt. l. si mercedem, § si eum, de act. empt. Ius patronatus verò transit cum vniuersitate vendita; c. ex literis, de iure patronatus. Alterum, in quo posita est Molinæ argumentatio illud est: quoniam dicebat Alex. etiam ius sepulchrorum transire cum vniuersitate. Et tamen D non transire in fideicommissarium. Ergo non rectè Romanum argumentati, dum dixit: ius patron. trãsit cum vniuersitate: ergo transit in fideicommissarium.

At Molina negat, quod ius sepulchrorum transeat cum vniuersitate, nec probari dicit legibus, quæ adducuntur videlicet, l. quædam, de acq. rer. dom. l. in modicis, de contrah. emp.

Nam quod attinet ad l. quædam, illa loquitur, quãdo in hæredem translata est hæreditas. Quantum verò attinet ad leg. in modicis, loquitur, quando ius sepulchri est accessorium. Et debet intelligi, quando nõ est, aditus ad fundum venditum, nisi per sepulchrum. Hæc sunt argumenta Molinæ.

Quibus non obstantibus, a communi sententia non recedo. Fateor. n. aliquas posse differentias considerari inter ius patronatus & iura sepulchrorum, neq. per omnia illhæc eodem iure censeri: sed negari nõ potest, quin habeant inter se magnam affinitatem & conformitatem, cùm sint iura spiritualia vel annexa Spiri- A tualibus; & quid sacri vel religiosi ambo contineant. Ergo admodum probabile est: sicut ius sepulchrorum non transit in fideicommissarium, leg. quia pertinde, ff. ad l. rebell. ita nec ius patronatus.

Non obstat, quod scribit Molina (& hic est cardo) non esse verum, quod ius sepulchrorum transeat cum vniuersitate, in emptorem. Aduertendum est igitur. Nam Molina adducit glos. in l. si quasi ff. de hæred. & act. vend. ad probandum ius sepulchri non transire in emptorem. Verba glos. sunt ista: *Item propter iura sepulchrorum &c. sed hoc non placet, quia non pertinent ad emptorem sicut nec ad fideicommissarium, vt ibi dicitur.* Hic est sensus. Vendens tanquam hæres cùm sit fideicommissarius, tenetur ad interesse emptoris, ita dicitur in textu gl. ibi considerat interesse emptoris & ait: *Interesse propter Falcidiam, quæ remansit penes hæredem grauatum.* Posteà subdit: *Item propter iura sepulchrorum, sed hoc non placet: quia non pertinet ad emptorem, sicut nec ad fideicommissariam.* quibus verbis glos. sensit, iura sepulchrorum non transire ad emptorem. Sed quid allegat? quod respondet ad text. in l. in modicis, de contrah. empt. ibi: *Quia non specialiter locus sacer vel religiosus venijt, sed emptioni maioris partis accessit.* Ergo transit cum vniuersitate (vt notat ibi gl.) quia accedit maiori parti. Sic & ius patronatus vendi specialiter non potest, sed transit cum vniuersitate cap. cum seculum, & ibi gl. de iure patr. ibi: *Nec tam ratione feudorum & ius patronatus acquisitori &c.* quod nihil est aliud, quam accedere maiori parti, & fungi vice accessorij. Accedit enim vniuersitati.

Non obstat text. in leg. si mercedem, §. si eum fundum, de act. empt. vbi tunc venit ius sepulchri, quando non est iter ad fundum venditum, nisi per locum sepulchri: quia loquitur in venditione fundi particularis vbi ius sepulchri est æquè principale, vt nos loquimur, quando transit cum vniuersitate. Itaque sic intelligi debet text. in d. §. si eum, vt non contradicat textui in l. in modicis, vbi apertè dicitur accedere maiori parti, & glos. dicit argumentum esse, quædam transire cum vniuersitate, quæ alias non transirent. Quod verò attinet ad tex. in l. quædam, de acq. rer. dom. fateor, loqui, quando in hæredem est translata hæreditas: & ad hoc adducitur ille text. videlicet ad probandum transire in hæredem iura sepulchrorum, sicut in hæredem ius patronatus transit.

CAPVT XCI.

Vtrùm nepotes, & neptes conferre teneantur patruis dotem vel donationem propter nuptias sibi datam?

DE collationibus multa dixi libris superiorib. sed non discussi de dote & donatione propter nuptias data nepoti vel nepti sit nec ne D patruis cõferenda, cum agitur de successione aui. Bar. hanc quæstionem tractat in l. si emancipati, C. de collatio. vbi Dec. emendat errores typ. & idem Dec. in l. illam, C. eod. tit. Alex. Cast. Ias. Cagn. & omnes.

Et omissa distinctione plurium casuum, quam ponit Bart. attingam tantùm illud, de quo est controuersia. Si plures sint nepotes uel neptes in potestate, quæ cum patruo concurrant, an teneantur etiam patruo conferre dotem, an uerò fratri suo tantùm: vel donationem propter nuptias ipsis datam? Nam Bartol. negat patruo esse conferendam. Et cum Bartolo doctores communiter conueniunt, ut testatur Vitalis de collatio. quæst. 23. Alij conferendam dixere. Bald. in leg. illam, C. de colla. Alijs alijs utuntur distinctionibus, vt videre licet ex Vitali & alijs in d. l. si emancipati & in d. leg. illud. Res denique ad hanc difficultatem est redacta, quod tex. in l. 1. §. si sit nepos, de collat.

collat.dot.apertè dicit, *Soli fratri conferendam*: quia nepris non facit vllam iniuriam patruo dum succedit simul cum ipso, quia frater eius nihilominus succederet & totam dimidiam, si solus esset, obtineret in locum patris sui, in quem ingreditur, §.Cum filius, inst. de hæred. ab intest. Et sic ratio cessantis iniuriæ, in qua olim fundatum fuit ius collationis, iux.leg. 1.de colla. bono. facit cessare collationem. Sed ex altera parte pugnat pro collatione ratio æqualitatis seruandæ, quæ causa est collationis faciendæ ex nouo iure, leg. vt liberis, leg. penult. C.de colla. §.illud, in Auth. de Triente & semisse.

Conflictus iste magnus videtur inter antiqua & noua iura. Videtur præualere id iniuriæ; non autem æqualitatis: quia sicut multa innouata fuere propter æqualitatem, ita & facile erat istud immutare, si nostris authoribus placuisset. E contrario videtur ex ratione scripta in lege argumentum sumendum ad eius extensionem, licet ius corrigat ad trad. per Iasonem in Auth. quas actiones, C. de sacrosanct. Eccles. Vincat igitur illa interpretatio, quæ suadere videtur æqualitatem, ex qua pax oritur & cessat inuidia. Sic. n. receptum est, in obscuris illam esse sumendam interpretationem, per quam inducitur æqualitas inter æquales, l.cum pater, §. eundus, de leg. 2. & vl. C.com. vtriusque iud. Ias. in l.illud, C. de collatio. §.pen. in Auth. de nupt. Tiraq. latè de primog. q.5.num.1. Surdus pulchrè in consil. 31. num. 16. Ita dicebam alias, sed re maturius considerata non audeo collationem inducere sine legis authoritate, arg.l.illam, C.de colla. & video rationem æqualitatis per se non fuisse sufficientem ad eam inducendam, & opus fuisse legis authoritate, vt patet ex l.vt liberis iuncta l.illud, C.eod. Vide Cagnol. in l.si emancipati, num. 123. C.eod. Maximè: quia, si liceret argumentari ex hac ratione æqualitatis, conferenda essent omnia bona castrensia quasi castrensia, adeo ut nulla esset differentia inter suos & emancipatos: quæ tamen dicenda non sunt. Adde notabile Cagnol. in l.1.n.63. C. qui admitt. vbi dicit: rationem generalem legis intelligendam esse secundum terminos ipsius legis, super qua est posita.

Cùm igitur ratio æqualitatis, de qua fit mentio in d.§.illud, in auth. de Triente, & semisse, & in l. vt liberis, C. de colla. posita fit ab Imp. respectu dotis, & donationis propter nuptias & respectu collationis fiendæ tam ab intestato, quàm ex testamento; videtur dicendum, hanc rationem valere, & obtinere posse in istis terminis, vel similibus: non autem extra eos. Deinde aduertendum est, Imperatorem in §.illud, in authen. de Triente & semiss. noluisse antiquo iuri derogare, vt ibi apertissimè dicit.

CAPVT XCII.

De collatione donationis simplicis.

DE collatione donationis simplicis bis iã scripsi & maneo in sententia, quod sit conferenda: quia sic probatur in l.si donatione, C.de coll. Nec placet, quòd verbum donationis accipiatur ibi pro concessione in peculium, sicut nititur probare Ias. in authen.ex testamento, C.eod.tit. quædam iuris loca adducens; quæ id non probant; Duaren. tamen adducit textum, qui hoc probat in l.donationes, §.patet, de donat. & in l.per fetuum, de acq.rer.dom. Non placet (vt dixi) nec enim rectè infertur: alibi donatio accipitur pro concessione in peculium. Ergo & hic: quia verba sunt propriè accipienda, nisi aliter appareat de mente, lege non aliter, de leg.3.

Non probo, quod scribit Dec. in d.auth. ex testamento, tex. in d.l.si donatione, loqui de donatione ob causam dotis; quia hæc est diuinatio. Quod verò Cagnol.

A imaginatus est in l.si emancipati, C.eod.tit. satis clarè & apertè à Bolog. refellitur ibi, qui & alias responsiones doctè refellit.

Nec me deterret text. in l.illud, C.eod.titul. quia pro regulam ibi commemoratam esse desumptam ex l.si non mortis, de inoffic. testam. Non enim alibi reperitur, etsi omnes de collationibus leges perlustraueris. Hic est enim sensus: simplicem donationem inter viuos imputari in legitimam, aut certè conferri, quoties donator ea contemplatione donauit, vt dicitur in d. l.si non mortis. Hoc autem in quæstionem cadit in ea specie, in qua agitur de querela inofficiosi testamenti. Tunc enim discutitur, & maximè olim discutiebatur, an filius habuisset legitimam sibi debitam, vt sic excluderetur à querela. Extra igitur illam facti speciem, magis est, vt credam, standum esse contrariæ regulæ, quæ habetur in d.l.si donatione. Sed aliorum iudicium expecto.

B

CAPVT XCIII.

An filij emancipati teneantur conferre donationem simplicem filijs in potestate.

COmmunis est & vera sententia: emancipatos teneri conferre simplicem donationem filijs in potestate, ut inquit Iason in authent. ex testamento, col. penultim. C.de collatio. Cagnol. in leg. si emancipati, nu. 197. C.eod.tit. Vitalis, de colla. quæst. 1. Probatur in leg. vt liberis, C.de colla. in fine, ubi dicitur: emancipatos conferre debere ea, quæ tempore emancipationis vel postea a parentibus suis acquisierint, & in leg. 1. ff. de collatio bonor. & in lege 1. C.eodem.

Nec valet illa responsio ad l.vt liberis, quòd loquatur de donatione facta in præmium emancipationis,

C quæ uidetur donatio ob causam: non autem simplex. Quia præter responsionem Iasonis, & Decij in d.authen. ex testamento, num.8. dicebat optimè. Vitalis loco præcitato, illud continere diuinationem, cùm text. loquatur de donatione facta post emancipationem absolutè & simpliciter: non autem cum illa restrictione, quando donatur in præmium emancipationis.

Contrariam sententiam habuerunt Ludouic. Rom. & alij, quos commemorant Iason, Decius, & alij in d.auth. ex testamento, & Vitalis ubi supr. Crass. §. collatio. quæst. 10. ubi alios adducit. Moti ex l.illud, C. de collat. quæ uidetur loqui in emancipatis: nam in suis donatio non ualet. Et ideo pater posset quandocunque legem apponere donationi, ut conferretur; quia posset eam reuocare, l.donationes, C.de donatio. inter uir. & uxor. Sed rectè omnes respondent: non loqui de filio emancipato; sed de donatione matris, quę erat ualida, & in casibus in quibus donatio sim-

D plex patris erat ualida: nam in filio emancipato semper militat ratio iniutiæ, propter quam conferre debet, l.1.de colla.bonor.

Non obstat text. in l. cum duobus §. idem Papinianus, ff. pro socio, ubi emancipatus non tenetur conferre, quę præcipua habuisset si fuisset in potestate. Ergo nec donationem simplicem, quia eam conferre non tenetur suis secundum communem opinionem. Quia (ut aduertunt Decius, & alij) loquitur ille text. de bonis Castrensibus uel quasi, quæ præcipue habuisset in uita patris, leg. 1. §. nec Castrense, de collatio. bonor. at donationem simplicem præcipuam habuisset post mortem patris: non autem in uita eius, d.l. donationes, C.de donat. inter uir. & uxor.

CAPVT

vel donatio propter nuptias adeſt, quæ conferatur. Poteſt igitur is, qui ſimplicem habet donationem, cogere eum eamvè, quæ dotem habet, aut donationem propter nuptias, ad conferendum dotem, & donationẽ propter nuptias. Et iſto in caſu ne oriatur aliquid iniuſtum, poteſt etiam cogi ad conferendum is, qui donationem ſimplicem habet. Hoc, ſi ita eſt, cur non econuerſo poterit incipere coactio ex perſona illius, qui dotem habet, vel donationem propter nuptias aduerſus eum, qui ſimplicem habet donationem? æqualitatis ratio id poſtulat, quod quiſque iuris in alterum ſtatuit, is eodẽ iure vti debet. Si maior eſſet dos, vel donatio propter nuptias, vtique conferenda eſſet petẽte altero, qui ſimplicem haberet donationem, qui ex hoc commodum habet. Ergo ſi ſit minor, incommodum æquo animo ſuſtinere debet altero inſtante pro collatione ipſius donationis ſimplicis, l. ſecundum naturam, de reg. iur.

CAPVT XCIX.

Sit ne locus collationi inter filios, qui ueniunt ex capite unde agnati, uel unde cognati?

NOn eſſe locum collationi inter liberos venientes ex inferiori capite ſcriptum reliquit Bald. in l. ſi emancipati, col. 2. C. de colla. quem ſequitur, & communem dicit Dec. ibi, nu. 8. & 9. Cagnol. nu. 127. Vitalis, de collatio. Tit. de perſonis conferend. num. 19.

At contra locum eſſe docuerunt in d. l. ſi emancipati, Fulg. Iaſ. Alex. Bologn. num. 27. Diſtinctione vtitur Craſſ. in §. collatio q. 6. quam nihil moror.

Argumenta negantis ſententiæ iſta ſunt: quia filij veniunt hoc in caſu tanquam tranſuerſales, inter quos nõ habet locum collatio. Eſt, quia nulla lex dicit, faciendam eſſe collationem, quando liberi veniunt per inferiora capita. Ergo non eſt facienda, l. illam, C. de collat. Maximè, quia in collatione agitur de bonis auferendis iam quæſitis: & ideo non poteſt fieri extenſio. Et, quia iſti filij non ſunt amplius in primo gradu, imò excludũtur ab his, qui ſunt in primo gradu, vt not. gl. in l. 1. §. ſed videndum, in verſ. ſuccedat ff. de ſucceſſ. edicto.

Argumenta vero contrariæ ſententiæ, quæ eſt pro collatione, ſunt iſta. Primum ex l. vt liberis, C. de collat. ibi: *Quocunque iure inteſtatæ ſucceſſionis.* Secundũ, quia liberi etiam venientes ex alijs capitibus veniunt tamẽ cum qualitate filiationis: & ideò habent anoũ ex quocunque veniunt capite, l. 1. §. pen. & fi. de ſucceſſ. edi. l. pen. §. ſi quis ordo in bon. poſſ. ſeruetur. Tertium eſt ex l. de bonis, §. 1. de carbo. edi. vbi Carboniana datur liberis etiam venientibus ex inferioribus capitibus. Quartum: quia liberi veniunt ad bona materna ex capite vnde legitimi, l. 2. ff. vnde legi. & tamen conferũt. Quintum eſt: quia ius collationis inductum fuit propter perſonas, ſ. filiorum: non autem propter capita ſucceſſionum; & ideò, cum ſemper ſint filij: meritò ſemper conferre debent. Sextum argumentum eſt: quia vbi concurrit cauſſa naturalis, & accidentalis præualet naturalis, l. qui habet, de tutel. Cum ergo iſti ſint filij, quæ eſt cauſſa naturalis, licet ſint excluſi ex capite unde liberi, & veniant accidentaliter ex alio capite: nihilominus attendi debet naturalis cauſſa, & præferri accidentali.

Quid reſpondeat Decius ad pleraque ex his argumẽtis, referre ſuperſedeo: & in hac quæſtione ſic ſtatuo: li-

A beros quocunque ex capite ueniant, conferre debere. Quia etſi nulla lege hic ſpecialis caſus ſit comprehenſus, tamen hoc eſt certum, liberos venientes ex inferiori capite, etſi ab alijs in primo gradu exiſtentibus uincentur, non deſinere tamen filios eſſe. Hoc ita poſito, lex inducens collationem inter liberos, non uerbis impoſita eſt, ſed rebus: nec debet cauillari (vt alibi dicebat Iuriſconſultus) ſed ſecundum legiſlatoris mentẽ, ſecundum iuris rationem, & æquitatem intelligi. Collatio autem aut ratione iniuriæ locum habet, l. 1. de colla. bono. aut ratione æqualitatis, l. ut liberis, l. illud, C. eodem. §. illud. in autheo. de Triente, & ſemiſſe. Si igitur concurrat in ſucceſſione cum alijs liberis, adeſt atque militat ratio collationis faciendæ. Siquidem eſt emancipatus, adeſt ratio iniuriæ: Si ſuus, ſubeſt ratio æqualitatis; quæ fauorabilem facit eſſe collationem; non odioſam, ut alij putant. Ac proinde in re dubia uidetur mihi collationi locum eſſe.

B

CAPVT C.

Filia ſtatuto excluſo à ſucceſſione, extantibus maſculis; ſed hæres inſtituta in teſtamento à patre, an teneatur conferre?

PVto teneri vna cum Iaſone in l. ſi emancipati, C. de collatio. num. 33. Quoniam & iſto in caſu militat ratio æqualitatis ſeruandæ inter liberos, & generalis legum diſpoſitio: quæ collationem fieri iubent, l. vt liberis, l. illud, C. de collatio.

Alij contrarium communi voto dixerunt in dict. l. ſi emancipati, vbi Dec. num. 9. Bologn. ſub numero vigeſimonono, vbi dicit: iſtam conclusionem ſcribendam eſſe literis aureis: quia communiter Doctor. eam tenent, excepto Iaſone, alios refert Craſſus, §. collatio, q.

C 6. num. 4.

Primum argumentum eſt: quia filia ſic excluſa à ſtatuto non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ergo non tenetur conferre, l. 1. ff. de colla. bonor. Reſpõdeo: loqui de filijs emancipatis, in quibus conſideratur ratio iniuriæ, ob quam dederunt cauſſam edicto, vt in eadem lege, §. Toties.

Hæc autem ratio ſola hodie non attenditur: ſed ratio æqualitatis, l. vt liberis, l. illud, C. de colla. §. illud, in authen. de Triente & ſemiſſe.

Secundum argumentum eſt: quia filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione dicitur excluſa à legitima: ergo non tenetur conferre.

Reſpondetur, nego conſequentiam: quia filia iſta non conſideratur nunc vt excluſa à ſtatuto, ſed vt hæres à patre inſtituta: qui voluit obſeruare ſtatutum; ac proinde eſt idem ac ſi non eſſet excluſa per ſtatutum. Cum igitur condito teſtamento locum habeat colla-

D tio, §. illud, in auth. de Triente, & ſemiſſe, ſequitur locũ habere etiam in præſenti caſu.

Tertium argumentum eſt: quia huiuſmodi filiæ non debetur ſucceſſio æqualiter cum alijs fratribus, quia fratres ab inteſtato ſuccedunt, ſed filia non ſtantibus fratribus: ergo non tenetur conferre.

Reſpondeo negando conſequentiam: quia per teſtamentum patris nolentis eſſe locum ſtatuto redacta fuit ad æqualitatem iuris ſuccedendi cum ſuis fratribus: æquum eſt igitur, ut illi conferat ſuam dotem, d. l. vt liberis, d. l. illud, d. §. illud, atque ita ſentio.

F I N I S.

D. Lauro Millcaſpri Correct.

A

CAPVT XCIIII.

Additio ad cap.77.lib.5. an emancipati profectitia conferant emancipatis?

Diſſerui hac de re lib.5.c.77. & negantem ſententiam amplexus ſum: in qua et nunc reſideo. Sed non ſatisfeci Vitali in tract. de colla. tit. de perſonis, &c. nu.4. qui affirmantem ſolam ſecutus eſt per text. in l. vt liberis, C. de colla. quam ſic indu co(inquit ipſe) in principio illius legis deciditur, quod emancipati inter ſe conferunt dotem, & propter nuptias donationem. Poſtea dubitabatur, quid de ſimplici donatione. Reſpondet Imperator in fine legis, quod idem eſt dicendũ. Verũ quia dubitatur, ſi illud veruni eſſet ex teſtõ, an ab inteſtato. Rñdet litera, q̀ hoc fiet pro tenore præcedentium legum, l. ſi pater ducedat inteſtatus, & iſte eſt verus intellectus literæ, &c.

B

Nego in d. l. vt liberis, vllum eſſe verbum de donatione ſimplici. Nõ refero hic verba, quia facilè omnes videre poſſunt. Huius rei monuit me periHuſtris auditor meus Carolus Antonius Beccaria Papienſis Eques S. Stephani, iuuenis eruditiſſimus, & ſingulari prudentia præditus, quem ego honoris cauſa nomino, & omnes in hac Piſana Academia colunt, atque ſuſpiciunt.

CAPVT XCV.

De lucro dotis an ſit conferendum.

C

Ommunis eſt, & vera ſententia: lucrum dotis, quod maritus facit ex ſtatuto, non eſſe conferendum alijs fratribus; quia eſt aduentitium, & aduentitia hodie non conferuntur, l. vlt. C. de colla. ita Bar. in l. ſi cum dotem, §. Tranſgrediamur, ff. ſolut. matr. idem Bart. Salyc. Ang. Fulgoſ. in l. 1. C. de bonis, quæ liber. Roland. in tract. de lucro dotis, q. 1 to.

Contrarium reſpondit Dec. conſi.67. & multi alij, quos commemorat Rolan. ibidem, ea ratione, quia vbi pater ſuſtinet onera matrimonij, lucratur fructus dotis, l. Fructus, l. ſi pater, de iure dot. ſ. pater pro filia, de except. doli. Sicut ergo pater lucratur fructus, dum ſuſtinet onera matrimonij; ita debet etiam lucrari dotem. Hanc conſequentiam probare videtur text. in l. actione, §. vlt. cum l. ſeq. ff. pro ſocio. Dicitur enim ibi, cum diuiditur ſocietas, aſſignandam eſſe dotem præcipuam illi, qui vxorem habebat, quia ſubituſus eſt onera matrimonij. Ex quo videtur innuere, durante ſocietate fructus acquiri ſocietati, cum ſuſtinet et onera matrimonij. Quod ſi tempore, quo ſocietas diuiditur, dos in ea cauſſa ſit, vt certum ſit eam reddi non oportere, diuidere eam inter ſocios iudex debet. Qua igitur ratione ſocietas lucratur fructus dotis, ubi ſuſtinet onera matrimonij, pari ratione debet habere lucrũ dotis.

D

Reſpondeo, quando inter plures ſocios vnus eſt maritus, & ſocietas ſuſtinet onera matrimonij, æquum eſt; vt lucretur etiam fructus dotis: quia ſpectant ad eum qui ſuſtinet onera matrimonij, l. ſi maritus, ff. famil. ercisc. Idem eſt in patre, & hucuſque a pari procedunt ſocietas, & pater. At in lucro conſequendo, quod a ſtatuto defertur, longè differunt: quia ſocietas lucrũ hoc conſequitur: nõ, quia ſuſtineat onera matrimonij; ſed quia delatum eſt illi ex ſocijs, qui maritus erat ante diſſolutam ſocietatem: eſt enim hæc natura ſocietatis omnium bonorum, vt quicquid alter ex ſocijs acquirit, alteri ſit commune præterquam ſi ex maleficio acquiratur, l.3. ff. pro ſocio, l. quod autem, ff. eod. Erat aũt ſocietas omnium bonorum in d. l. actione, § vltim. ſicut rectè ibi exponit Accurſius in ver. ſi vnus, merito dotis lucrum debuit eſſe commune inter ſocios. Maneat igitur cõis ſententia firma, quicquid alij dixerint.

CAPVT XCVI.

Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in poteſtate.

Emancipatus donationem ſimplicem conferre debet, etiamſi tempore donationis fuerit in poteſtate, & poſtea emancipatus, ut docuit Bart. in l. 1. §. nec Caſtrenſe, num. 11. de colla. bon. & Iaſ. in auth. ex teſtamento, col. pen. & fin. C. eod. & eſt communis opinio, vt per Vitalem, de collatio. Tit. de perſonis conferentium, numer.4. quicquid dubitauit, uel contradixerit Angel. in l. ſi emancipati, C. eod. ea ratione, quod nullo iure id cautum reperiatur: & collatio non ſit facienda, niſi in caſibus lege expreſſis, l. illam, C. eodem.

Verior mihi videtur communis ſententia: quia tempore ſucceſſionis iſta reperitur emancipatus: & ideò iniuriam facere uidetur filio in poteſtate, conſequenter ex edicto prætoris conferre tenetur, l. 1. de collat. bonor. Verba etiam generalia, l. 1. & l. vt liberis, in fin. C. eod. quod emancipatus conferre debeat, ſatis hanc veritatem euincunt. Et quid refert, quod donatum ſit ante emancipationem, uel tempore emancipationis, uel poſt? nullam uideo differentiæ rationem. Si igitur confert ſibi donata tempore emancipationis, uel poſt, d. l. vt liberis, C. eod. tit. Videtur etiam conferre debere donata ſibi ante.

Non obſtat, quòd nulla lege id cautum ſit. Ergo ceſſat collatio: quia ſatis cautum uidetur ex l. 1. & ratione, ff. de collation. bono. & ex alijs ſupra citatis. Atque ita bis diebus reſpondi in cauſa Illuſtrium Dominorum de Balduinis.

CAPVT XCVII.

Emancipato conferente donationem, an & exiſtens in poteſtate conferre teneatur?

Vto teneri, ut ſeruetur æqualitas, propter quã Imperator fieri mandauit collationem donationis ſimplicis, l. illud, C. de collatio. ita Caſtr. & Alex. ibi. Iaſ. in auth. ex teſtamento, in 7. limit. C. eod.

Contrarium dixit Corneus in d. l. illud, Cagnol. in l. ſi emancipati, num.198. Vitalis de collationibus. q.30. vbi dicit, hanc veriorem eſſe ſententiam. Crauetta in conſ.617. Fundamentum eſt: quia nulla lege cauetur, iſto in caſu collationem eſſe faciendam. Ergo non debet fieri, l. illam, C. de collatio. Reſpondeo: ſatis tacitè id lege cautum uideri, ut ſeruetur æqualitas, ad quam reſpiciendum eſt hodie magis, quàm ad rationem iniuriæ, quam facit emancipatus ſuo: iuxta l. 1. de collat. bono. Siquidem iure nouiſſimo emancipationis, & patriæ poteſtatis ſublata differentia eſt in ſucceſſionibus, §. vlt. in Auth. de hæred. ab inteſta. & ideò ſatis videtur lege cautum id, quod ex mente legis colligitur, l. nominis, & rei, §. verbum ex legib. de uerb. ſign.

CAPVT XCVIII.

Filia habens dotem minorem poſſitnè cogere fratrem ad conferendam ſimplicem donationem forte maiorem?

Onit hanc qõnem Ang. in l. illud, C. de collat. & dicit ſororem poſſe cõpellere fratrem ad collationem, cum quo ſenſit Alex. ibid. At Paul. Caſt. diſſentit, & cum eo Vitalis, de collatio. q.29. Priorem ſententiam ſequitur Craſſ. §. collatio. q.3. in fine.

Atque in ſumma (omiſſis ſuperfluis) ita ſe res habet. Donatio ſimplex conferri debet, quando dos

vel donatio propter nuptias adeſt, quæ conferatur. Poteſt igitur is, qui ſimplicem habet donationem, cogere eum eamvè, quæ dotem habet, aut donationem propter nuptias, ad conferendum dotem, & donationẽ propter nuptias. Et iſto in caſu ne oriatur aliquid iniuſtum, poteſt etiam cogi ad conferendum is, qui donationem ſimplicem habet. Hoc, ſi ita eſt, cur non econuerſo poterit incipere coactio ex perſona illius, qui dotem habet, vel donationem propter nuptias aduerſus eum, qui ſimplicem habet donationem? æqualitatis ratio id poſtulat, quod quiſque iuris in alterum ſtatuit, is eodẽ iure vti debet. Si maior eſſet dos, vel donatio propter nuptias, vtique conferenda eſſet petẽte altero, qui ſimplicem haberet donationem, qui ex hoc commodum habet. Ergo ſi ſit minor, incommodum æquo animo ſuſtinere debet altero inſtante pro collatione ipſius donationis ſimplicis, l. ſecundum naturam, de reg. iur.

CAPVT XCIX.

Sit ne locus collationi inter filios, qui ueniunt ex capite vnde agnati, uel unde cognati?

NOn eſſe locum collationi inter liberos venientes ex inferiori capite ſcriptum reliquit Bald. in l. ſi emancipati, col. 2. C. de colla. quem ſequitur, & communem dicit Dec. ibi, nu. 8. & 9. Cagnol. nu. 127. Vitalis, de collatio. Tit. de perſonis conferend. num. 19.

At contra locum eſſe docuerunt in d. l. ſi emancipati, Fulg. Iaſ. Alex. Bologn. num 27. Diſtinctione vtitur Craſſ. in §. collatio q. 6. quam nihil moror.

Argumenta negantis ſententiæ iſta ſunt: quia filij veniunt hoc in caſu tanquam tranſuerſales, inter quos nõ habet locum collatio. Eſt, quia nulla lex dicit, faciendam eſſe collationem, quando liberi veniunt per inferiora capita. Ergo non eſt facienda, l. illam, C. de collat. Maximè, quia in collatione agitur de bonis auferendis iam quæſitis: & ideo non poteſt fieri extenſio. Et, quia iſti filij non ſunt amplius in primo gradu, imò excludũtur ab his, qui ſunt in primo gradu, vt not. gl. in l. 1. §. ſed videndum, in verſ. ſuccedat ff. de ſucceſſ. edicto.

Argumenta vero contrariæ ſententiæ, quæ eſt pro collatione, ſunt iſta. Primum ex l. vt liberis, C. de collat. ibi: *Quocunque iure inteſtatæ ſucceſſionis*. Secundũ, quia liberi etiam venientes ex alijs capitibus veniunt tamẽ cum qualitate filiationis: & ideò habent annũ ex quocunque veniunt capite, l. 1. §. pen. & fi. de ſucceſſ. edi. l. pen §. ſi quis ordo in bon. poſſ. ſeruetur. Tertium eſt ex l. de bonis, §. 1. de carbo. edi. vbi Carboniana datur liberis etiam venientibus ex inferioribus capitibus. Quartum: quia liberi veniunt ad bona materna ex capite vnde legitimi, l. 2. ff. vnde legi. & tamen conferũt. Quintum eſt: quia ius collationis inductum fuit propter perſonas, ſ. filiorum: non autem propter capita ſucceſſionum; & ideò, cum ſemper ſint filij: meritò ſemper conferre debent. Sextum argumentum eſt: quia vbi concurrit cauſſa naturalis, & accidentalis præualet naturalis, l. qui habet, de tutel. Cum ergo iſti ſint filij, quæ eſt cauſſa naturalis, licet ſint excluſi ex capite unde liberi, & veniant accidentaliter ex alio capite: nihilominus attendi debet naturalis cauſſa, & præferri accidentali.

Quid reſpondeat Decius ad pleraque ex his argumẽtis, refert ſuperſedeo: & in hac quæſtione ſic ſtatuo: liberos quocunque ex capite ueniant, conferre debere. Quia etſi nulla lege hic ſpecialis caſus ſit comprehenſus, tamen hoc eſt certum, liberos venientes ex inferiori capite, etſi ab alijs in primo gradu exiſtentibus uincentur, non deſinere tamen filios eſſe. Hoc ita poſito, lex inducens collationem inter liberos, non uerbis impoſita eſt, ſed rebus; nec debet cauillari (vt alibi dicebat Iuriſconſultus) ſed ſecundum legiſlatoris mentẽ, ſecundum iuris rationem, & æquitatem intelligi. Collatio autem aut ratione iniuriæ locum habet, l. 1. de colla. bono. aut ratione æqualitatis, l. ut liberis, l. illud, C. eodem. §. illud. in authen. de Triente, & ſemiſſe. Si igitur concurrat in ſucceſſione cum aliis liberis, adeſt atque militat ratio collationis faciendæ. Siquidem eſt emancipatus, adeſt ratio iniuriæ: Si ſuus, ſubeſt ratio æqualitatis; quæ fauorabilem facit eſſe collationem; non odioſam, ut alij putant. Ac proinde in re dubia uidetur mihi collationi locum eſſe.

CAPVT C.

Filia ſtatuto excluſo à ſucceſſione, extantibus maſculis; ſed hæres inſtituta in teſtamento à patre, an teneatur conferre?

PVto teneri vna cum Iaſone in l. ſi emancipati, C. de collatio. num. 33. Quoniam & iſto in caſu militat ratio æqualitatis ſeruandæ inter liberos, & generalis legum diſpoſitio: quæ collationem fieri iubent, l. vt liberis, l. illud, C. de collatio.

Alij contrarium communi voto dixerunt in dict. l. ſi emancipati, vbi Dec. num. 9. Bologn. ſub numero vigeſimonono, vbi dicit: iſtam concluſionem ſcribendam eſſe literis aureis: quia communiter Doctor. eam tenent, excepto Iaſone, alios refert Craſſus, §. collatio, q. 6. num. 4.

Primum argumentum eſt: quia filia ſic excluſa à ſtatuto non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ergo non tenetur conferre, l. 1. ff. de colla. bonor. Reſpõdeo: loqui de filijs emancipatis, in quibus conſideratur ratio iniuriæ, ob quam dederunt cauſſam edicto, vt in eadem lege, §. Toties.

Hæc autem ratio ſola hodie non attenditur: ſed ratio æqualitatis, l. vt liberis, l. illud, C. de colla. §. illud, in authen. de Triente & ſemiſſe.

Secundum argumentum eſt: quia filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione dicitur excluſa à legitima: ergo non tenetur conferre.

Reſpondetur, nego conſequentiam: quia filia iſta non conſideratur nunc vt excluſa à ſtatuto, ſed vt hæres à patre inſtituta: qui voluit obſeruare ſtatutum; ac proinde eſt idem ac ſi non eſſet excluſa per ſtatutum. Cum igitur condito teſtamento locum habeat collatio, §. illud, in auth. de Triente, & ſemiſſe, ſequitur locũ habere etiam in præſenti caſu.

Tertium argumentum eſt: quia huiuſmodi filiæ non debetur ſucceſſio æqualiter cum alijs fratribus, quia fratres ab inteſtato ſuccedunt, ſed filia non ſtantibus fratribus: ergo non tenetur conferre.

Reſpondeo negando conſequentiam: quia per teſtamentum patris nolentis eſſe locum ſtatuto redacta fuit ad æqualitatem iuris ſuccedendi cum ſuis fratribus: æquum eſt igitur, ut illi conferat ſuam dotem, d. l. vt liberis, d. l. illud, d. §. illud, atque ita ſentio.

F I N I S.

D. Lauro Millcaſpri Correct.

A

CAPVT XCIIII.

Additio ad cap.77.lib.5. an emancipati profectitia conferant emancipatis?

Distuli hac de re lib.5.c.77. & negantem sententiam amplexus sum: in qua et nunc resideo. Sed non satisfecit Vitali in tract.de colla.tit.de personis,&c.nu.4. qui affirmantem sniam secutus est per text. in l. vt liberis, C.de colla. quam sic indu co(inquit ipse) in principio illius legis decidiiur, quod emancipati inter se conferunt dotem, & propter nuptias donationem. Postea dubitabatur, quid de simplici donatione. Respondet Imperator in fine legis, quod idem est dicendu. Veru quia dubitatur, si illud verum esset ex testo, an ab intestato. Rndet litera. q hoc fiet pro tenore præcedentium legum, s. si pater decedat intestatus, & iste est verus intellectus literæ, &c.

Nego in d.l. vt liberis, vllum esse verbum de donatione simplici. Nō refero hic verba, quia facilè omnes videre possunt. Huius rei monuit me perillustris auditor meus Carolus Antonius Beccaria Papiensis Eques S. Stephani, iuuenis eruditissimus, & singulari prudentia prædiius, quem ego honoris causa nomino, & omnes in hac Pisana Academia colunt, atque suspiciunt.

CAPVT XCV.

De lucro dotis an sit conferendum.

Communis est, & vera sententia: lucrum dotis, quod maritus facit ex statuto, non esse conferendum alijs fratribus; quia est aduentitium, & aduentitia hodie non conferuntur, l. vlt. C. de colla. ita Bar. in l. si cum dotem, §. Transgrediamur, ff. solut. matr. idem Bart. Salyc. Ang. Fulgos. in l. 1. C. de bonis, quæ liber. Roland. in tract. de lucro dotis, q. 10.

Contrarium respondit Dec. consi.67. & multi alij, quos commemorat Rolan. ibidem, ea ratione, quia vbi pater sustinet onera matrimonij, lucratur fructus dotis, l. Fructus, l. si pater, de iure dot. l. pater pro filia, de except. doli. Sicut ergo pater lucratur fructus, dum sustinet onera matrimonij; ita debet etiam lucrari dotem. Hanc consequentiam probare videtur text. in l. actione, §. vlt. cum l. seq. ff. pro socio. Dicitur enim ibi, cum diuiditur societas, assignandam esse dotem præcipuam illi, qui vxorem habebat, quia substinuit onera matrimonij. Ex quo videtur innuere, durante societate fructus acquiri societati, cum sustineret onera matrimonij. Quod si tempore, quo societas diuiditur, dos in ea caussa sit, vt certum sit eam reddi non oportere, diuidere eam inter socios iudex debet. Quia igitur ratione societas lucratur fructus dotis, ubi sustinet onera matrimonij, pari ratione debet habere lucru dotis.

Respondeo, quando inter plures socios vnus est maritus, & societas sustinet onera matrimonij, æquum est; vt lucretur etiam fructus dotis: quia spectant ad eum qui sustinet onera matrimonij, l. si maritus, ff. famil. ercisc. Idem est in patre, & hucusque a pari procedunt societas, & pater. At in lucro consequendo, quod a statuto defertur, longè differunt: quia societas lucru hoc consequitur: nō, quia sustineat onera matrimonij; sed quia delatum est illi ex socijs, qui maritus erat ante dissolutam societatem: est enim hæc natura societatis omnium bonorum, vt quicquid alter ex socijs acquirit, alteri sit commune præterquam si ex maleficio acquiratur, l. 3. ff. pro socio, l. quod autem, ff. eod. Erat aūt societas omnium bonorum in d. l. actione, § vltim. sicut rectè ibi exponit Accursius in vet. si vnus, meum dotis lucrum debuit esse commune inter socios. Maneat igitur cōis sententia firma, quicquid alij dixerint.

CAPVT XCVI.

Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in potestate.

Emancipatus donationem simplicem conferre debet, etiamsi tempore donationis fuerit in potestate, & postea emancipatus, ut docuit Bart. in l. 1. §. nec Castrense, num. 11. de collat. bon. & Ias. in auth. ex testamento, col. pen. & fin. C. eod. & est communis opinio, vt per Vitalem, de collatio. Tit. de personis conferentium, numer. 4. quicquid dubitauit, uel contradixerit Angel. in l. si emancipati, C. eod. ea ratione, quod nullo iure id cautum reperiatur: & collatio non sit facienda, nisi in casibus lege expressis, l. illam, C. eodem.

B Verior mihi uidetur communis sententia: quia tempore successionis ille reperitur emancipatus: & ideò iniuriam facere uidetur filio in potestate, consequenter ex edicto prætoris conferre tenetur, l. 1. de collat. bonor. Verba etiam generalia, l. 1. & l. vt liberis, in fin. C. eod. emancipatus conferre debeat, satis hanc veritatem euincunt. Et quid refert, quod donatum sit ante emancipationem, uel tempore emancipationis, uel post? nullam uideo differentiæ rationem. Si igitur confert sibi donata tempore emancipationis, uel post, d. l. vt liberis, C. eod. tit. Videtur etiam conferre debere donata sibi ante.

Non obstat, quòd nulla lege id cautum sit. Ergo cessat collatio: quia satis cautum uidetur ex l. 1. & ratione, ff. de collation. bono. & ex alijs supra citans. Atque ita his diebus respondi in causa Illustrium Dominorum de Balduinis.

C

CAPVT XCVII.

Emancipato conferente donationem, an & existens in potestate conferre teneatur?

Puto teneri, ut seruetur æqualitas, propter quā Imperator fieri mandauit collationem donationis simplicis, l. illud, C. de collatio. ita Castr. & Alex. ibi. Ias. in auth. ex testamento. in 7. limit. C. eod.

Contrarium dixit Corneus in d. l. illud, Cagnol. in l. si emancipati, num. 198. Vitalis de collationibus. q. 30. vbi dicit, hanc ueriorem esse sententiam. Crauetta in consi.617. Fundamentum est: quia nulla lege cauetur, isto in casu collationem esse faciendam. Ergo non debet fieri, l. illam, C. de collatio. Respondeo: satis tacitè id lege cautum uideri, ut seruetur æqualitas, ad quam respiciendum est hodie magis, quam ad rationem iniuriæ, quam facit emancipatus suo: iuxta l. 1. de collat. bono. Siquidem iure nouissimo emancipationis, & D patriæ potestatis sublata differentia est in successionibus, §. vlt. in Auth. de hæred. ab intesta. & ideò satis videtur lege cautum id, quod ex mente legis colligitur, l. nominis, & rei, §. verbum ex legib. de uerb. sign.

CAPVT XCVIII.

Filia habens dotem minorem possitnè cogere fratrem ad conferendam simplicem donationem forte maiorem?

Ponit hanc qōnem Ang. in l. illud, C. de collat. & dicit: sororem posse cōpellere fratrem ad collationem, cum quo sensit Alex. ibid. At Paul. Cast. dissentit, & cum eo Vitalis, de collatio. q. 19. Priorem sententiam sequitur Crass. §. collatio. q. 3. in fine.

Atque in summa (omissis superfluis) ita se res habet. Donatio simplex conferri debet, quando dos vel

vel donatio propter nuptias adest, quæ conferatur. A
Potest igitur is, qui simplicem habet donationem, cogere eum eamvè, quæ dotem habet, aut donationem propter nuptias, ad conferendum dotem, & donationē propter nuptias. Et isto in casu ne oriatur aliquid iniustum, potest etiam cogi ad conferendum is, qui donationem simplicem habet. Hoc, si ita est, cur non econuerso poterit incipere coactio ex persona illius, qui dotem habet, vel donationem propter nuptias aduersus eum, qui simplicem habet donationem? æqualitatis ratio id postulat, quod quisque iuris in alterum statuit, is eodē iure vti debet. Si maior esset dos, vel donatio propter nuptias, vtique conferenda esset petēte altero, qui simplicem haberet donationem, qui ex hoc commodum habet. Ergo si sit minor, incommodum æquo animo sustinere debet altero instante pro collatione ipsius donationis simplicis, l. secundum naturam, de reg. iur.

CAPVT XCIX. B

Sit ne locus collationi inter filios, qui ueniunt ex capite unde agnati, uel unde cognati?

NOn esse locum collationi inter liberos venientes ex inferiori capite scriptum reliquit Bald. in l. si emancipati, col. 2. C. de colla. quem sequitur, & communem dicit Dec. ibi, nu. 8. & 9. Cagnol. nu. 127. Vitalis, de collatio. Tit. de personis conferend. num. 19.

At contra locum esse docuerunt in d. l. si emancipati, Fulg. Ias. Alex. Bologn. num. 27. Distinctione vtitur Crass. in §. collatio q. 6. quam nihil moror.

Argumenta negantis sententiæ ista sunt: quia filij veniunt hoc in casu tanquam transuersales, inter quos nō habet locum collatio. Est, quia nulla lex dicit, faciendam esse collationem, quando liberi veniunt per infe- C
riora capita. Ergo non est facienda, l. illam, C. de collat. Maximè, quia in collatione agitur de bonis auferendis iam quæsitis: & ideo non potest fieri extensio. Et, quia isti filij non sunt amplius in primo gradu, imò excludūtur ab his, qui sunt in primo gradu, vt not. gl. in l. 1. §. sed videndum, in vers. succedat ff. de success. edicto.

Argumenta vero contrariæ sententiæ, quæ est pro collatione, sunt ista. Primum ex l. vt liberis, C. de collat. ibi: *Quocunque iure intestatæ successionis*. Secundū, quia liberi etiam venientes ex alijs capitibus veniunt tamē cum qualitate filiationis: & ideò habent annū ex quocunque veniunt capite, l. 1. §. pen. & fi. de success. edi. l. pen. §. si quis ordo in bon. poss. seruetur. Tertium est ex l. de bonis, §. 1. de carbo. edi. vbi Carboniana datur liberis etiam venientibus ex inferioribus capitibus. Quartum: quia liberi veniunt ad bona materna ex capite vnde legitimi, l. 2. ff. vnde legi. & tamen conferūt. Quintum est: quia ius collationis inductum fuit propter per- D
sonas, s. filiorum: non autem propter capita successionum; & ideò, cum semper sint filij: meritò semper conferre debent. Sextum argumentum est: quia vbi concurrit caussa naturalis, & accidentalis præualet naturalis, l. qui habet, de tutel. Cum ergo isti sint filij, quæ est caussa naturalis, licet sint exclusi ex capite unde liberi, & veniant accidentaliter ex alio capite: nihilominus attendi debet naturalis caussa, & præferri accidentali.

Quid respondeat Decius ad pleraque ex his argumētis, referre supersedeo: & in hac quæstione sic statuo: liberos quocunque ex capite ueniant, conferre debere. Quia etsi nulla lege hic specialis casus sit comprehensus, tamen hoc est certum, liberos venientes ex inferiori capite, etsi ab alijs in primo gradu existentibus uincentur, non desinere tamen filios esse. Hoc ita posito, lex inducens collationem inter liberos, non uerbis imposita est, sed rebus; nec debet cauillari (vt alibi dicebat Iurisconsultus) sed secundum legislatoris mentē, secundum iuris rationem, & æquitatem intelligi. Collatio autem aut ratione iniuriæ locum habet, l. 1. de colla. bono. aut ratione æqualitatis, l. ut liberis, l. illud, C. eodem. §. illud. in authen. de Triente, & semisse. Si igitur concurrat in successione cum alijs liberis, adest atque militat ratio collationis faciendæ. Siquidem est emancipatus, adest ratio iniuriæ: Si suus, subest ratio æqualitatis; quæ fauorabilem facit esse collationem; non odiosam, ut alij putant. Ac proinde in re dubia uidetur mihi collationi locum esse.

CAPVT C.

Filia statuto exclusa à successione, extantibus masculis; sed hæres instituta in testamento à patre, an teneatur conferre?

PVto teneri uoa cum Iasone in l. si emancipati, C. de collatio. num. 33. Quoniam & isto in casu militat ratio æqualitatis seruandæ inter liberos, & generalis legum dispositio: quæ collationem fieri iubent, l. vt liberis, l. illud, C. de collatio.

Alij contrarium communi voto dixerunt in dict. l. si emancipati, vbi Dec. num. 9. Bologn. sub numero vigesimonono, vbi dicit: istam conclusionem scribendam esse literis aureis: quia communiter Doctor. eam tenent, excepto Iasone, alios refert Crassus, §. collatio, q. 6. num. 4.

Primum argumentum est: quia filia sic exclusa à statuto non habet bonorum possessionem contra tabulas: ergo non tenetur conferre, l. 1. ff. de colla. bonor. Respōdeo: loqui de filijs emancipatis, in quibus consideratur ratio iniuriæ, ob quam dederunt caussam edicto, vt in eadem lege, §. Toties.

Hæc autem ratio sola hodie non attenditur: sed ratio æqualitatis, l. vt liberis, l. illud, C. de colla. §. illud, in authen. de Triente & semisse.

Secundum argumentum est: quia filia statuto exclusa à successione dicitur exclusa à legitima: ergo non tenetur conferre.

Respondetur, nego consequentiam: quia filia ista non consideratur nunc vt exclusa à statuto, sed vt hæres à patre instituta: qui voluit obseruare statutum; ac proinde est idem ac si non esset exclusa per statutum. Cum igitur condito testamento locum habeat collatio, §. illud, in auth. de Triente, & semisse, sequitur locū habere etiam in præsenti casu.

Tertium argumentum est: quia huiusmodi filiæ non debetur successio æqualiter cum alijs fratribus, quia fratres ab intestato succedunt, sed filia non stantibus fratribus: ergo non tenetur conferre.

Respondeo negando consequentiam: quia per testamentum patris nolentis esse locum statuto redacta fuit ad æqualitatem iuris succedendi cum suis fratribus: æquum est igitur, ut illi conferat suam dotem, d. l. vt liberis, d. l. illud, d. §. illud, atque ita sentio.

F I N I S.

D. Lauro Milleaspri Correct.

CAPVT XCIIII.

Additio ad cap.77.lib.5. an emancipati profectitia conferant emancipatis?

Disserui hac de re lib.5.c.77. & negantem sententiam amplexus sum: in qua ét nunc resideo. Sed non satisfeci Vitali in tract.de collatu.de personis,&c.nu.4. qui affirmantem sñiam secutus est per text.in l.vt liberis,C.de colla. quam sic induco (inquit ipse) in principio illius legis deciditur,quod emancipati inter se conferunt dotem, & propter nuptias donationem. Postea dubitabatur,quid de simplici donatione. Respondet Imperator in fine legis,quod idem est dicendũ. Verũ quia dubitatur,si illud verum esset ex testũ,an ab intestato. Rñdet litera, ꝙ hoc fiet pro tenore præcedentium legum,s.si pater decedat intestatus,& iste est verus intellectus literæ, &c.

Nego in d.l.vt liberis, vllum esse verbum de donatione simplici. Nõ refero hic verba, quia facilè omnes videre possunt. Huius rei monuit me perillustris auditor meus Carolus Antonius Beccaria Papiensis Eques S.Stephani,iuuenis studiosissimos,& singulari prudentia præditus,quem ego honoris causa nomino,& omnes in hac Pisana Academia colunt,atque suspiciunt.

CAPVT XCV.

De lucro dotis an sit conferendum.

Communis est,& vera sententia: lucrum dotis, quod maritus facit ex statuto, non esse conferendum alijs fratribus; quia est aduentitium, & aduentitia hodie non conferuntur,l.vlt. C.de colla. ita Bar.in l.si cum dotem,§.Transgrediamor,ff.solut. matr.idem Bart.Salyc.Ang.Fulgos.in l.1. C.de bonis, quæ liber.Roland.in tract.de lucro dotis, q.110.

Contrarium respondit Dec. consi.67. & multi alij, quos commemorat Rolan.ibidem, ea ratione, quia vbi pater sustinet onera matrimonij, lucratur fructus dotis,l.Fructus,l.si pater, de iure dot. l. pater pro filia, de except.doli. Sicut ergo pater lucratur fructus, dum sustinet onera matrimonij; ita debet etiam lucrari dotem. Hanc consequentiam probare videtur text. in l. actione,§.vlt.cum l.seq. ff. pro socio. Dicitur enim ibi, cum diuiditur societas, assignandam esse dotem præcipuam illi,qui vxorem habebat,quia subitutus est onera matrimonij. Ex quo videtur innuere, durante societate fructus acquiri societati,cum sustineret onera matrimonij. Quod si tempore,quo societas diuiditur,dos in ea caussa sit,vt certum sit eam reddi non oportere, diuidere eam inter socios iudex debet. Qua igitur ratione societas lucratur fructus dotis, obi sustinet onera matrimonij,pari ratione debet habere lucrũ dotis.

Respondeo,quando inter plures socios vnus est maritus,& societas sustinet onera matrimonij, æquum est; vt lucretur etiam fructus dotis: quia spectant ad eum qui sustinet onera matrimonij,l.si maritus, ff. famil.erciscu. Idem est in patre,& hocusque a pari procedunt societas,& pater. At in lucro consequendo, quod a statuto defertur,longè differunt: quia societas lucrũ hoc consequitur:nõ,quia sustineat onera matrimonij: sed quia delatum est illi ex socijs, qui maritus erat ante dissolutam societatem: est enim hæc natura societatis omnium bonorum,vt quicquid alter ex socijs acquirit,alteri sit commune præterquam si ex maleficio acquiratur,l.3.ff.pro socio,l.quod autem,ff.eod. Erat aũt societas omnium bonorum in d.l.actione, § vltim. sicut rectè ibi exponit Accursius in ver. si vnus, merito dotis lucrum debuit esse commune inter socios. Maneat igitur cõis sententia firma,quicquid alij dixerint.

A

CAPVT XCVI.

Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in potestate.

Emancipatus donationem simplicem conferre debet,etiamsi tempore donationis fuerit in potestate,& postea emancipatus, ut docuit Bart. in l.1.§.nec Castrense,num.11.de collat.bon. & Ias.in auth.ex testamento,col.pen.& fin. C.eod. & est communis opinio, vt per Vitalem, de collatio. Tit. de personis conferentium,numer.4. quicquid dubitauit, uel contradixerit Angel.in l.si emancipati,C.eod.ca ratione,quod nullo iure id cautum reperiatur: & collatio non sit facienda, nisi in casibus lege expressis, l.illam,C.eodem.

B Verior mihi videtur communis sententia: quia tempore successionis iste reperitur emancipatus: & ideò iniuriam facere uidetur filio in potestate, consequenter ex edicto prætoris conferre tenetur, l. 1. de collat. bonor. Verba etiam generalia,l.1.& l.vt liberis,in fin. C.eod. quod emancipatus conferre debeat, satis hanc veritatem euincunt. Et quid refert,quod donatum sit ante emancipationem, uel tempore emancipationis, uel post? nullam uideo differentiæ rationem. Si igitur confert sibi donata tempore emancipationis, uel post, d.l.vt liberis,C.eod.tit. Videtur etiam conferre debere donata sibi ante.

Non obstat, quòd nulla lege id cautum sit. Ergo cessat collatio: quia satis cautum uidetur ex l.1.& ratione,ff.de collation. bono. & ex alijs supra citatis. Atque ita his diebus respondi in causa Illustrium Dominorum de Balduinis.

C

CAPVT XCVII.

Emancipato conferente donationem, an & existens in potestate conferre teneatur?

Puto teneri, ut seruetur æqualitas, propter quã Imperator fieri mandauit collationem donationis simplicis,l.illud,C.de collatio. ita Castr. & Alex.ibi.Ias.in auth.ex testamento.in 7.limit. C.eod.

Contrarium dixit Corneus in d.l.illud,Cagnol.in l. si emancipati.num.198.Vitalis de collationibus. q.30. vbi dicit,hanc ueriorem esse sententiam. Crauetta in cons.617. Fundamentum est: quia nulla lege cauetur, isto in casu collationem esse faciendam. Ergo non debet fieri,l.illam,C.de collatio. Respondeo: satis tacitè id lege cautum uideri,ut seruetur æqualitas,ad quam respiciendum est hodie magis,quàm ad rationem iniuriæ,quam facit emancipatus suo:iuxta l. 1. de collat. D bono. Siquidem iure nouissimo emancipationis, & patriæ potestatis sublata differentia est in successionibus,§.vlt.in Auth.de hæred.ab intesta.& ideò satis videtur lege cautum id, quod ex mente legis colligitur, l.nominis,& rei,§.verbum ex legib. de uerb.sign.

CAPVT XCVIII.

Filia habens dotem minorem possitnè cogere fratrem ad conferendam simplicem donationem forte maiorem?

Ponit hanc qõnem Ang.in l.illud, C.de collat. & dicit sororem posse cõpellere fratrem ad collationem,cum quo sensit Alex.ibid. At Paul.Cast. dissentit,& cum eo Vitalis.de collatio.q.19. Priorem sententiam sequitur Crass.§.collatio.q.3.in fine.

Atque in summa (omissis superfluis) ita se res habet. Donatio simplex conferri debet, quando dos

vel

vel donatio propter nuptias adeſt, quæ conferatur. Poteſt igitur is, qui ſimplicem habet donationem, cogere eum eamvè, quæ dotem habet, aut donationem propter nuptias, ad conferendum dotem, & donationẽ propter nuptias. Et iſto in caſu ne oriatur aliquid iniuſtum, poteſt etiam cogi ad conferendum is, qui donationem ſimplicem habet. Hoc, ſi ita eſt, cur non econuerſo poterit incipere coactio ex perſona illius, qui dotem habet, vel donationem propter nuptias aduerſus eum, qui ſimplicem habet donationem? æqualitatis ratio id poſtulat, quod quiſque iuris in alterum ſtatuit, is eodẽ iure vti debet. Si maior eſſet dos, vel donatio propter nuptias, vtique conferenda eſſet petẽte altero, qui ſimplicem haberet donationem, qui ex hoc commodum habet. Ergo ſi ſit minor, incommodum æquo animo ſuſtinere debet altero inſtante pro collatione ipſius donationis ſimplicis, l. ſecundum naturam, de reg. iur.

CAPVT XCIX.

Sitne locus collationi inter filios, qui ueniunt ex capite vnde agnati, uel unde cognati?

NOn eſſe locum collationi inter liberos venientes ex inferiori capite ſcriptum reliquit Bald. in l. ſi emancipati, col. 2. C. de colla. quem ſequitur, & communem dicit Dec. ibi, nu. 8. & 9. Cagnol. nu. 127. Vitalis, de collatio. Tit. de perſonis conferend. num. 19.

At contra locum eſſe docuerunt in d. l. ſi emancipati, Fulg. Iaſ. Alex. Bologn. num. 27. Diſtinctione vtitur Craſſ. in §. collatio q. 6. quam nihil moror.

Argumenta negatiuæ ſententiæ iſta ſunt: quia filij veniunt hoc in caſu tanquam tranſuerſales, inter quos nõ habet locum collatio. Et, quia nulla lex dicit, faciendam eſſe collationem, quando liberi veniunt per inferiora capita. Ergo non eſt facienda, l. illam, C. de collat. Maximè, quia in collatione agitur de bonis auferendis iam quæſitis: & ideo non poteſt fieri extenſio. Et, quia iſti filij non ſunt amplius in primo gradu, imò excludũtur ab his, qui ſunt in primo gradu, vt not. gl. in l. 1. §. ſed videndum, in verſ. ſuccedat ff. de ſucceſſ. edicto.

Argumenta vero contrariæ ſententiæ, quæ eſt pro collatione, ſunt iſta. Primum ex l. vt liberis, C. de collat. ibi: *Quocunque iure inteſtatæ ſucceſſionis*. Secundũ, quia liberi etiam venientes ex alijs capitibus veniunt tamẽ cum qualitate filiationis: & ideò habent annũ ex quocunque veniunt capite, l. 1. §. pen. & fi. de ſucceſſ. edi. l. pen. §. ſi quis ordo in bon. poſſ. ſeruetur. Tertium eſt ex l. de bonis, §. 1. de carbo. edi. vbi Carboniana datur liberis etiam venientibus ex inferioribus capitibus. Quartum: quia liberi veniunt ad bona materna ex capite vnde legitimi, l. 2. ff. vnde legi. & tamen conferũt. Quintum eſt: quia ius collationis inductum fuit propter perſonas, ſ. filiorum: non autem propter capita ſucceſſionum; & ideò, cum ſemper ſint filij: meritò ſemper conferre debent. Sextum argumentum eſt: quia vbi concurrit cauſſa naturalis, & accidentalis præualet naturalis, l. qui habet, de tutel. Cum ergo iſti ſint filij, quæ eſt cauſſa naturalis, licet ſint excluſi ex capite unde liberi, & veniant accidentaliter ex alio capite: nihilominus attendi debet naturalis cauſſa, & præferri accidentali.

Quid reſpondeat Decius ad pleraque ex his argumẽtis, referre ſuperſedeo: & in hac quæſtione ſic ſtatuo: liberos quocunque ex capite ueniant, conferre debere. Quia etſi nulla lege hic ſpecialis caſus ſit comprehenſus, tamen hoc eſt certum, liberos venientes ex inferiori capite, etſi ab alijs in primo gradu exiſtentibus uincantur, non deſinere tamen filios eſſe. Hoc ita poſito, lex inducens collationem inter liberos, non uerbis impoſita eſt, ſed rebus: nec debet cauillari (vt alibi dicebat Iuriſconſultus) ſed ſecundum legislatoris mentẽ, ſecundum iuris rationem, & æquitatem intelligi. Collatio autem aut ratione iniuriæ locum habet, l. 1. de colla. bono. aut ratione æqualitatis, l. ut liberis, l. illud, C. eodem. §. illud. in authen. de Triente, & ſemiſſe. Si igitur concurrat in ſucceſſione cum alijs liberis, adeſt atque militat ratio collationis faciendæ. Siquidem eſt emancipatus, adeſt ratio iniuriæ: Si ſuus, ſubeſt ratio æqualitatis; quæ fauorabilem facit eſſe collationem; non odioſam, ut alij putant. Ac proinde in re dubia uidetur mihi collationi locum eſſe.

CAPVT C.

Filia ſtatuto excluſo à ſucceſſione, extantibus maſculis; ſed hæres inſtituta in teſtamento à patre, an teneatur conferre?

PVto teneri vna cum Iaſone in l. ſi emancipati, C. de collatio. num. 33. Quoniam & iſto in caſu militat ratio æqualitatis ſeruandæ inter liberos, & generalis legum diſpoſitio: quæ collationem fieri iubent, l. vt liberis, l. illud, C. de collatio.

Alij contrarium communi voto dixerunt in dict. l. ſi emancipati, vbi Dec. num. 9. Bologn. ſub numero vigeſimonono, vbi dicit: iſtam concluſionem ſcribendam eſſe literis aureis: quia communiter Doctor. eam tenent, excepto Iaſone, alios refert Craſſus, §. collatio, q. 6. num. 4.

Primum argumentum eſt: quia filia ſic excluſa à ſtatuto non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ergo non tenetur conferre, l. 1. ff. de colla. bonor. Reſpõdeo: loqui de filijs emancipatis, in quibus conſideratur ratio iniuriæ, ob quam ædderunt cauſſam edicto, vt in eadem lege, §. Toties.

Hæc autem ratio ſola hodie non attenditur: ſed ratio æqualitatis, l. vt liberis, l. illud, C. de colla. §. illud, in authen. de Triente & ſemiſſe.

Secundum argumentum eſt: quia filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione dicitur excluſa à legitima: ergo non tenetur conferre.

Reſpondetur, nego conſequentiam: quia filia iſta non conſideratur nunc vt excluſa à ſtatuto, ſed ut hæres à patre inſtituta: qui voluit obſeruare ſtatutum; ac proinde eſt idem ac ſi non eſſet excluſa per ſtatutum. Cum igitur condito teſtamento locum habeat collatio, §. illud, in auth. de Triente, & ſemiſſe, ſequitur locũ habere etiam in præſenti caſu.

Tertium argumentum eſt: quia huiuſmodi filiæ non debetur ſucceſſio æqualiter cum alijs fratribus, quia fratres ab inteſtato ſuccedunt, ſed filia non ſtantibus fratribus: ergo non tenetur conferre.

Reſpondeo negando conſequentiam; quia per teſtamentum patris nolentis eſſe locum ſtatuto redacta fuit ad æqualitatem iuris ſuccedendi cum ſuis fratribus: æquum eſt igitur, ut illi conferat ſuam dotem, d. l. vt liberis, d. l. illud, d. §. illud, atque ita ſentio.

F I N I S.

D. Lauro Milleaſpri Correct.

A

CAPVT XCIIII.

Additio ad cap.77.lib.5. an emancipati profectitia conferant emancipatis?

DIſſerui hac de re lib.5.c.77. & negantem ſententiam amplexus ſum: in qua & nunc reſideo. Sed non ſatisfeci Vitali in tract.de colla. tit.de perſonis,&c.nu.4. qui affirmantem ſniam ſecutus eſt per text.io l.vt liberis,C.de colla. quam ſic indu co(inquit ipſe) in principio illius legis deciditur, quod emancipati inter ſe conferunt dotem, & propter nuptias donationem. Poſtea dubitabatur, quid de ſimplici donatione. Reſpondet Imperator in fine legis, quod idem eſt dicendũ. Verũ quia dubitator, ſi illud verum eſſet ex teſtõ, an ab inteſtato. Rñdet litera, ꝙ hoc fieret pro tenore præcedentium legum, ſ.ſi pater decedat inteſtatus, & iſte eſt verus intellectus literæ, &c.

B Nego in d.l.vt liberis, vllum eſſe verbum de donatione ſimplici. Nõ refero hic verba, quia facilè omnes videre poſſunt. Huius rei monuit me periluſtris auditor meus Carolus Antonius Beccaria Papienſis Eques S.Stephani, iouenis eruditiſſimos, & ſingulari prudentia prædilus, quem ego honoris cauſa nomino, & omnes in hac Piſana Academia colunt, atque ſuſpiciunt.

CAPVT XCV.

De lucro dotis an ſit conferendum.

COmmunis eſt, & vera ſententia: lucrum dotis, quod maritus facit ex ſtatuto, non eſſe conferendum alijs fratribus; quia eſt aduentitium, & aduentitia hodie non conferuntur, l.vlt. C.de colla. ita Bar.in l.ſi cum dotem, §.Tranſgrediamur, ff.ſolut. matr. idem Bart.Salyc.Ang.Fulgoſ.in l.1. C.de bonis, quæ liber. Roland.in tract.de lucro dotis, q.110. C

Contrarium reſpondit Dec. conſi.67.& multi alij, quos commemorat Rolan.ibidem, ea ratione, quia vbi pater ſuſtinet onera matrimonij, lucratur fructus dotis, l.Fructus, l.ſi pater, de iure dot. l. pater pro filia, de except.doli. Sicut ergo pater lucratur fructus, dum ſuſtinet onera matrimonij; ita debet etiam lucrari dotem. Hanc conſequentiam probare videtur text. in l. actione, §.vlt.cum l.ſeq. ff. pro ſocio. Dicitur enim ibi, cum diuiditur ſocietas, aſſignandam eſſe dotem præcipuam illi, qui vxorem habebat, quia ſubitutus eſt onera matrimonij. Ex quo videtur innuere, durante ſocietate fructus acquiri ſocietati, cum ſuſtineret onera matrimonij. Quod ſi tempore, quo ſocietas diuiditur, dos in ea cauſſa ſit, vt certum ſit eam reddi non oportere, diuidere eam inter ſocios iudex debet. Qua igitur ratione ſocietas lucratur fructus dotis, ubi ſuſtinet onera matrimonij, pari ratione debet habere lucrũ dotis. D

Reſpondeo, quando inter plures ſocios vnus eſt maritus, & ſocietas ſuſtinet onera matrimonij, æquum eſt; vt lucretur etiam fructus dotis: quia ſpectant ad eum qui ſuſtinet onera matrimonij, l.ſi maritus, ff. famil.erciſc. Idem eſt in patre, & hucuſque a pari procedunt ſocietas, & pater. At in lucro conſequendo, quod a ſtatuto defertur, longè differunt: quia ſocietas lucrũ hoc conſequitur: nõ, quia ſuſtineat onera matrimonij: ſed quia delatum eſt illi ex ſocijs, qui maritus erat ante diſſolutam ſocietatem: eſt enim hæc natura ſocietatis omnium bonorum, vt quicquid alter ex ſocijs acquirit, alteri ſit commone præterquam ſi ex maleficio acquiratur, l.3.ff.pro ſocio, l.quod autem, ff.eod. Erat aũt ſocietas omnium bonorum in d.l.actione, § vltim. licet rectè ibi exponit Accurſius in ver. ſi vnus, merito dotis lucrum debuit eſſe commune inter ſocios. Maneat igitur cõis ſententia firma, quicquid alij dixerint.

CAPVT XCVI.

Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in poteſtate.

EMancipatus donationem ſimplicem conferre debet, etiamſi tempore donationis fuerit in poteſtate, & poſtea emancipatus, ut docuit Bart. in l.1.§.nec Caſtrenſe, num.11.de collat.bon. & Iaſ.in auth.ex teſtamento, col.pen.& fin. C.eod. & eſt communis opinio, vt per Vitalem, de collatio. Tit. de perſonis conferentium, numer.4. quicquid dubitauit, uel contradixerit Angel.in l.ſi emancipati, C.eod. ea ratione, quod nullo iure id cautum reperiatur: & collatio non ſit facienda, niſi in caſibus lege expreſſis, l.illam, C.eodem.

Verior mihi videtur communis ſententia: quia tempore ſucceſſionis iſte reperitur emancipatus: & ideò iniuriam facere uidetur filio in poteſtate, conſequenter ex edicto prætoris conferre tenetur, l. 1. de collat. bonor. Verba etiam generalia, l.1.& l.vt liberis, in fin. C.eod. quod emancipatus conferre debeat, ſatis hanc veritatem euincunt. Et quid refert, quod donatum ſit ante emancipationem, uel tempore emancipationis, uel poſt? nullam uideo differentiæ rationem. Si igitur confert ſibi donata tempore emancipationis, uel poſt, d.l.vt liberis, C.eod.tit. Videtur etiam conferre debere donata ſibi ante. B

Non obſtat, quòd nulla lege id cautum ſit. Ergo ceſſat collatio: quia ſatis cautum uidetur ex l.1.& ratione, ff.de collation. bono. & ex alijs ſupra citatis. Atque ita his diebus reſpondi in cauſa Illuſtrium Dominorum de Balduinis.

C

CAPVT XCVII.

Emancipato conferente donationem, an & exiſtens in poteſtate conferre teneatur?

PVto teneri, ut ſeruetur æqualitas, propter quã Imperator fieri mandauit collationem donationis ſimplicis, l.illud, C.de collatio. ita Caſtr. & Alex. ibi. Iaſ.in auth.ex teſtamento, in 7.limit. C.eod.

Contrarium dixit Corneus in d.l.illud, Cagnol.in l. ſi emancipati.num.198. Vitalis de collationibus. q.30. vbi dicit, hanc ueriorem eſſe ſententiam. Crauetta in conſ.617. Fundamentum eſt: quia nulla lege cauetur, iſto in caſu collationem eſſe faciendam. Ergo non debet fieri, l.illam, C.de collatio. Reſpondeo: ſatis facilè id lege cautum uideri, ut ſeruetur æqualitas, ad quam reſpiciendum eſt hodie magis, quàm ad rationem iniuriæ, quam facit emancipatus ſuo: iuxta l. 1. de collat. bono. Siquidem iure nouiſſimo emancipationis, & patriæ poteſtatis ſublata differentia eſt in ſucceſſionibus, §.vlt.in Auth.de hæred.ab inteſta.& ideò ſatis videtur lege cautum id, quod ex mente legis colligitur, l.nominis, & rei, §.verbom ex legib. de uerb.ſign. D

CAPVT XCVIII.

Filia habens dotem minorem poſſitnè cogere fratrem ad conferendam ſimplicem donationem forte maiorem?

POnit hanc qõnem Ang.in l.illud, C.de collat. & dicit ſororem poſſe cõpellere fratrem ad collationem, cum quo ſenſit Alex.ibid. At Paul.Caſt. contenit, & cum eo Vitalis, de collatio.q.29. Priorem ſententiam ſequitur Craſ.§.collatio.q.3.in fine.

Atque in ſumma (omiſſis ſuperfluis) ita ſe res habet. Donatio ſimplex conferri debet, quando dos

vel